

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DIEGO GONÇALVES ZULATO

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS ANTE O
ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

**CURITIBA
2014**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE DIREITO

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS ANTE O
ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

**CURITIBA
2014**

Dedico este trabalho, primeiramente, à minha família que é a base de minha existência, e também aos meus amigos com os quais a compartilho alegremente.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, superando marcos teóricos liberais, prevê um rol de direitos fundamentais sociais bastante abrangente, prevendo, por exemplo, a proteção do direito à saúde, à educação, ao transporte coletivo, etc. São direitos que, na prática, como manifestou a população ao longo das jornadas de junho de 2013, acabam sendo implementados de maneira insatisfatória pelo Poder Público. O resultado disso ao ordenamento jurídico é a maciça busca de implementação de direitos prestacionais em sede judicial. Exigem os reclamantes que o Judiciário obrigue o Estado a fornecer parcelas individuais de bens prestacionais que lhes são de direito, mas que, por omissão estatal, não são implementadas. Diante da tarefa de se imiscuir ao papel cabível classicamente aos outros Poderes estatais, o Judiciário encontra sérias dificuldades. Historicamente, muitas vezes ele se furtou desta responsabilidade valendo-se os magistrados de alguns princípios, como o princípio da separação dos poderes, ou de alguma condição da realidade como no caso da invocação do argumento da reserva do possível. Hodiernamente, entretanto, outro problema começa a surgir, trata-se infalível concessão de direitos fundamentais sociais em sede individual pelo Judiciário que, ao afastar de pronto o argumento da reserva do possível, receita um remédio demasiadamente invasivo ao problema da débil implementação destes direitos pelo Poder Público. O objetivo deste trabalho é buscar apresentar o que exatamente denota o conceito de reserva do possível, assim como averiguar a sua relação com a efetividade da tutela de direitos sociais e analisar como os nossos Tribunais vêm tratando essa questão.

Palavras-chave: concretização judicial de direitos fundamentais sociais; teoria dos custos dos direitos; argumento da reserva do possível.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
C.F.	Constituição Federal
FIES	Fundo de Financiamento Estudantil
FIFA	Federação Internacional de Futebol Associado
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
ONU	Organização das Nações Unidas
SIAFI	Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal
SIOP	Sistema Integrado de Planejamento e Orçamento
SELOR	Sistema de Elaboração da Lei Orçamentária
PIB	Produto Interno Bruto
PROUNI	Programa Universidade para Todos
RE	Recurso Extraordinário
Resp	Recurso Especial
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	Superior Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TRF-4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
CAPÍTULO I - ASPECTOS INTRODUTÓRIOS À ANÁLISE DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	10
1.1. Delineamento do regime jurídico dos direitos fundamentais.....	10
1.2. A jusfundamentalidade dos direitos fundamentais sociais.....	13
1.3. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais.....	17
1.4. A influência da teoria dos custos dos direitos para a compreensão dos direitos prestacionais.....	23
CAPÍTULO II – APRESENTAÇÃO DO CONCEITO DE RESERVA DO POSSÍVEL.....	28
2.1 Surgimento do conceito reserva do possível na jurisprudência alemã.....	28
2.2 A recepção inicial da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro.....	32
2.3. Conceito de reserva do possível.....	36
2.4 Teorias restritivas que orbitam o conceito de reserva do possível.....	43
2.4.1. Princípio da separação dos poderes.....	44
2.4.2. Indisponibilidade orçamentária.....	47
2.5 A interação entre o mínimo existencial e a reserva do possível.....	52
CAPÍTULO III – A RESERVA DO POSSÍVEL NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS.....	59
3.1. A reserva do possível na jurisprudência do STF.....	59
3.2 A reserva do possível na jurisprudência do TRF da 4ª Região.....	68
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS.....	81
APÊNDICE.....	84

INTRODUÇÃO

A partir do rol comparativo do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), padrão indicativo da situação econômico-social de um país a partir da coleta de dados como a expectativa de vida ao nascer, educação e PIB per capita, pode-se observar que o Brasil amarga a posição de nº 85 dentre 186 países analisados, alcançando uma pontuação de 0,73.¹ Número que demonstra que o Brasil está atrasado não somente com relação aos países considerados de primeiro mundo como Alemanha e Estados Unidos, mas também está atrás de alguns de seus vizinhos latino americanos como Chile, Argentina e Uruguai cuja história de dificuldades no desenvolvimento social se aproxima em vários aspectos com o nosso país.

Essa situação degradante se refletiu em meados do ano passado quando milhões de brasileiros insatisfeitos com a situação de precariedade nos serviços públicos de transporte, saúde, educação, segurança pública, etc., saíram às ruas para manifestar o seu descontentamento.² Foram protestos sem maior organização política e que pautavam as mais diversas causas, mas foi uma manifestação importante do povo brasileiro no sentido de demonstrar que não estavam satisfeitos, apesar da classe política dominante reiterar que o país trilhava o caminho do desenvolvimento.

Uma das grandes pautas dos manifestantes era a disparidade entre os exorbitantes gastos públicos para a realização da Copa do Mundo de futebol de 2014³ e a oferta precária de serviços públicos relacionados principalmente à saúde e à educação. “Queremos escolas e hospitais no padrão Fifa”,⁴ uma das frases de efeito mais utilizadas em protestos, relacionava o alto nível de exigência da federação internacional de futebol (FIFA) para a construção dos estádios a sediar os jogos da Copa do Mundo com o desejo de oferta de excelência para os serviços públicos.

¹ Dados coletados pelo programa de relatórios de desenvolvimento humano das Nações Unidas. As informações estão disponíveis no site: <<http://hdr.undp.org/en/countries/profiles/BRA>> acessado no dia 18/07/2014.

² Os seguintes links dão uma ideia da dimensão destes protestos: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/06/protestos-pelo-pais-tem-125-milhao-de-pessoas-um-morto-e-confrontos.html>> e <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/20/em-dia-de-maior-mobilizacao-protestos-levam-centenas-de-milhares-as-ruas-no-brasil.htm>> ambos acessados no dia 18/07/2014.

³ Quantia estimada em R\$ 28 bilhões de reais conforme notícia da Folha de São Paulo que pode ser encontrada no seguinte link: <http://www1.folha.uol.com.br/esporte/folhanacopa/2013/06/1297264-gastos-publicos-com-a-copa-2014-sobem-e-chegam-a-r-28-bilhoes.shtml> acessado no dia 08/07/2014.

⁴ Notícia retirada do Jornal Comunicação da UFPR, visitada no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.jornalcomunicacao.ufpr.br/copa-do-mundo-e-alvo-de-protestos-em-curitiba/>> no dia 18/07/2014.

É interessante notar o aborrecimento da população não especificadamente com a falta de verbas públicas, mas com a sua aplicação em áreas consideradas de menor relevância. Portanto, a indignação manifestada era com as escolhas políticas no manejo do dinheiro público e não com a falta de recursos para a implementação destas.

Trazendo o panorama para a seara do Direito, a questão é saber se o jurista encontrará na ciência jurídica alguma relevância para o abrangente tema da distribuição de recursos públicos, importantíssimos quando se fala em serviços públicos de saúde, educação, transporte, etc., ou se, por outro lado, este ponto depende exclusivamente do instrumental político.

Conforme leciona Ana Paula de Barcellos, o Direito, principalmente o Direito Constitucional, tem sim o seu espaço na busca pela solução das desigualdades na distribuição de bens sociais. Ressalvando que não lhe cabe substituir as atribuições das demais áreas de atuação humana, pois não cabe ao direito ser o remédio para todos os males. É preciso saber como o Direito se encaixa dentro de um mosaico mais amplo, reconhecendo as suas limitações dentro deste esquema maior, sob pena de se confundir com um discurso político e perder as suas propriedades constitutivas.⁵

Corroborando ao entendimento de que o ordenamento jurídico tem uma voz na mudança da gestão política o fato de a Constituição Federal preconizar: i) a erradicação da pobreza, ii) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, iii) a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, iv) a promoção do bem-estar de todos, v) a saúde enquanto direito fundamental, vi) a educação fundamental enquanto direito subjetivo, dentre várias outras garantias constitucionais profundamente vinculadas com a dimensão política e institucional do Estado brasileiro.

A ciência jurídica, quando confrontada com a atribuição de internalizar esses aspectos para a sua racionalidade característica, acaba por se utilizar de algumas construções teóricas que buscam “traduzir” elementos que lhe parecem estranhos. Pode-se citar como exemplos os direitos supracitados, como o conceito jurídico de dignidade da pessoa humana, os quais sofrem de certa indeterminação de seu conteúdo, aparentes contradições com outros princípios e choques da realidade fática.

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 6-11.

Estes elementos que criam dificuldades na aplicação destes direitos buscam ser contornados através da criação de conceitos teóricos, os quais muitas vezes carregam uma carga desproporcional de discursos políticos e ideológicos, conforme atentou a professora Barcellos.

Uma destas construções teóricas, que se encontra no atrito entre a garantia de direitos fundamentais de conceito aberto e a dificuldade em sua implementação na realidade fática, é a chamada “reserva do possível”, objeto de análise deste trabalho.

Trata-se de um conceito surgido a partir da jurisprudência estrangeira, mais especificadamente na Alemanha, através de decisão jurisprudencial proferida pela Corte Constitucional Alemã na década de 70 e internalizada jurisprudencialmente no ordenamento jurídico brasileiro a partir do início dos anos 90.

Impende se atentar neste estudo ao conflito em que se insere este conceito entre a legitimidade do legislador na escolha da transferência dos recursos públicos, a qual seria incumbência exclusiva deste no modelo clássico de Estado liberal, e a garantia constitucional de direitos fundamentais que exigem a alocação específica de recursos públicos, os quais podem não ser efetivados pelo legislador e pela Administração Pública, e que muitas vezes não o são.

Surge, a partir deste antagonismo, o papel da jurisdição em intervir na decisão de destinação de recursos públicos. Portanto, abre-se espaço para que o Direito tenha a sua importância na solução do problema da distribuição de bens sociais, corroborando ao já relatado entendimento da professora Barcellos.

Este trabalho tem justamente o objetivo de adentrar numa análise de alguns aspectos que orbitam a noção de “reserva do possível”, explorando também diversas outras formulações que se justapõem a este conceito. De início, serão apresentadas algumas noções essenciais à compreensão adequada do conceito da “reserva do possível”, em seguida prosseguirá a análise de suas origens como limite à efetivação de direitos sociais e se apresentará os elementos que se inserem em seu conceito, por fim se adentrará no estudo de aspectos intimamente ligados a sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio.

Cumpre, ainda, salientar que se dará um foco especial à pesquisa jurisprudencial do conceito específico da noção de “reserva do possível” e de elementos importantes que o circundam dado que grande parte desses tópicos surgiram justamente no âmbito jurisprudencial. O corte metodológico para esta

pesquisa será a busca por sentenças paradigmáticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de se analisar qual o posicionamento da mais alta corte judicial brasileira, assim como se procederá à análise estatística de julgados prolatados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, isto com o objetivo de melhor focar a pesquisa num universo de decisões mais específico que permita a pesquisa estatística.

CAPÍTULO 1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS À ANÁLISE DA RESERVA DO POSSÍVEL

Antes de examinar em detalhes o item central de análise deste trabalho que será a “reserva do possível”, é necessário apresentar resumidamente aspectos importantes de seu objeto referencial que são os direitos fundamentais e, mais especificadamente, os direitos sociais em sua dimensão prestacional.

1.1 Delineamento do regime jurídico dos direitos fundamentais

É imprescindível para a análise da natureza e finalidade dos direitos sociais o reconhecimento de seu regime jurídico jusfundamental que lhes é garantido pela Constituição Federal. Aos direitos fundamentais é assegurada uma especial dignidade no sistema jurídico tanto em sua expressão formal quanto material.

Em seu sentido formal, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet,⁶ os direitos fundamentais são definidos a partir da atribuição de proteção ampliada contra as ações e omissões do Poder Público sendo capaz de afastar do ordenamento as ações contrárias aos seus preceitos e de exigir a otimização de sua efetividade.

Dentro desta esfera de proteção especial estão inseridas características comuns a todo o ordenamento constitucional, como: a) a imutabilidade pelo legislador ordinário, por possuírem superior hierarquia em relação às demais normas do ordenamento jurídico, assim como elementos específicos à tutela dos direitos fundamentais e que se desenrolam em duas qualidades; b) a aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, C.F) e a c) proteção contra emendas abolitivas (art. 60, §4º, IV, C.F.).

Apesar do intenso debate a respeito da extensão dos efeitos da aplicabilidade imediata, essa previsão surge para superar a ideia de que os preceitos constitucionais necessitam de regulamentação infraconstitucional através do legislador ordinário para imprimir-lhes operacionalidade. Esta noção, que era típica do pensamento constitucionalista do séc. XIX, alçava o princípio da legalidade a um patamar de

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 74-75.

imunidade absoluta, o que acabava por relegar aos preceitos constitucionais um caráter de meras normas programáticas.

Contemporaneamente, a questão da aplicabilidade imediata ganha relevância em outras questões como na constatação da insuficiente densidade normativa de grande parte dos direitos fundamentais em espécie. Segundo certos autores, essas disposições da Constituição seriam insuficientes para especificar o seu conteúdo de tal forma que não gerariam o direito de ser pleiteado pela via judicial.⁷

Com relação à proteção contra emendas abolitivas, o constituinte originário buscou blindar as normas arroladas no art. 60, §4º das deliberações dos legisladores ordinários ou constituintes derivados. A partir da concessão do efeito de cláusula pétrea, a norma deixa de ser passível de mudanças ou de ser retirada do ordenamento constitucional.

Portanto, conforme explicação de Daniel Wunder Hachem, trata-se de um regime que, ao mesmo tempo em que sustenta a proteção contra investidas de maiorias parlamentares intencionadas a flagelar o conteúdo dos direitos fundamentais, garante a efetiva promoção destes direitos em face de omissões do Poder Público que inviabilizam o seu exercício, seja em âmbito de regulamentação normativa ou em sua implementação material.⁸

A construção desse regime especial, conferindo tal nível de proteção aos preceitos fundamentais, justifica-se a partir de sua importância atribuída pelo constituinte originário. Se na sistemática anterior a Constituição tinha o papel de ser a base jurídica de toda a estrutura política de um Estado nacional, agora a Constituição vai além e aponta finalidades e valores que servirão como o fundamento primordial da própria existência do Estado, tendo positivado estes valores através da definição de seus princípios fundamentais elencado em seu art. 1º: i) soberania; ii) cidadania; iii) dignidade da pessoa humana; iv) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e v) pluralismo jurídico.

Por sua vez, a fundamentalidade material está ligada justamente à correspondência dos direitos fundamentais com a proteção do núcleo de valores

⁷ É o posicionamento de Ricardo Lobo Torres com relação ao conteúdo dos direitos sociais que extrapolam o mínimo existencial. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 130.

⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Tese (Doutoramento em Direito) – UFPR, Curitiba/PR, 2014. p. 69.

expressados pela Constituição Federal, especialmente estes transcritos acima, dos quais vale destacar a dignidade da pessoa humana. São estes valores que irão definir o norte das relações que serão traçadas entre o Poder Público e a sociedade e dos cidadãos entre si. Inclusive, esta orientação está expressamente prevista no preâmbulo da Constituição no qual se pode encontrar a expressão dos valores considerados supremos: “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”.

Os direitos fundamentais estão cristalizados de tal forma na estrutura política constitucional que não há como desvencilhar os conceitos de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. Isso fica ainda mais claro nas palavras de Sarlet:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais.⁹

O constituinte brasileiro conferiu tamanha relevância na busca da concretização destes valores como a estrutura primordial da incessante evolução do regime constitucional pátrio que inseriu uma cláusula de abertura ao regime de direitos fundamentais lastreado na proteção destes valores supremos. O §2º do art. 5º da C.F. definiu como critério de abertura a correspondência dos direitos fora do catálogo com valores expressos pelo regime e princípios por ela adotados, incluindo ainda a previsão de inserção de direitos decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja signatário.

Portanto, consoante entendimento de Ingo Sarlet, ao se aceitar o reconhecimento da existência de um sistema dos direitos fundamentais, este não constituirá um sistema autônomo, autossuficiente e restritivo, pelo contrário, será necessariamente um sistema aberto e flexível a novos conteúdos de forma a se integrar ao restante da ordem constitucional e às constantes mutações do mundo concreto que o circunda.¹⁰

Esta abertura e flexibilização é importante por se harmonizar à concepção, tida por Sarlet como dominante na doutrina, de que a Constituição como um todo

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* Op. Cit. p. 58.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*. p. 72.

consiste num sistema aberto de regras e princípios de forma a melhor se amoldar a sua finalidade de constituir um estatuto jurídico fundamental da comunidade, sendo necessário portanto a abertura de um canal ligando a soberania popular à definição dos conteúdos dos direitos fundamentais, lastreado sempre na tutela da dignidade da pessoa humana.

1.2. A jusfundamentalidade dos direitos sociais

Com relação aos direitos que estão submetidos a este regime jurídico especial há um intenso debate na doutrina brasileira. Um dos pontos de divergência é a inclusão ou não dos chamados direitos sociais na esfera de alcance desse regime jurídico específico. Este debate é de sensível importância para a análise do objeto central de estudo deste trabalho dado que, como se verá com maiores detalhes na sequência, são os direitos sociais que tradicionalmente sofrem limitações a sua efetividade pelo argumento da reserva do possível, especificamente quando analisado em sua dimensão prestacional.¹¹

A Constituição Federal de 1988 dedicou a integralidade de seu capítulo II para elencar os direitos em espécie catalogados como sociais e para melhor delinear o conteúdo destes. A partir da redação do art. 6º, valores como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, dentre outros, são elevados ao status de direitos sociais ao lado de direitos dos trabalhadores (art. 7º ao 11). São direitos, portanto, que possuem íntima ligação com a proteção da dignidade da pessoa humana, podendo se afirmar inclusive que são especificações do núcleo fundamental da essência desta.

A abordagem inicial de análise dos direitos sociais por grande parcela da doutrina parte da dicotomia entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos,

¹¹ Insta ressaltar que o argumento da reserva do possível não se esgota na análise de direitos sociais. É muito comum, por exemplo, a sua utilização em matéria de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios como demonstra em sua pesquisa Daniel Wang. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2 ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 364. No entanto, não será este o foco deste trabalho, no qual se aprofundará a análise da relação entre a reserva do possível e a eficácia de direitos fundamentais sociais.

sociais e culturais.¹² Isso se justifica pela própria escolha do constituinte na organização da positivação dos direitos fundamentais segregando-os em capítulos distintos. Uma escolha bastante criticada por Celso Ribeiro Bastos, o qual qualificou como precária a técnica legislativa utilizada pelo constituinte.¹³ Do mesmo modo, Sarlet apontou como problemática a peculiar classificação dos direitos fundamentais pela redação constitucional ao separá-los em diferentes capítulos.¹⁴

Esse empecilho diagnosticado por ambos os autores, ao lado de outros fatores que serão analisados na sequência, acabam por desembocar na tentativa de uma diferenciação na tutela destes direitos de modo a negar a inserção dos direitos sociais no regime jurídico especial dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, manifesta-se grande parte da doutrina no sentido de que a aplicabilidade imediata se restringiria aos direitos previstos no art. 5º de modo que, em matéria de técnica legislativa, um parágrafo diz respeito somente ao artigo no qual está inserido.

Propugnam ainda em defesa deste entendimento restritivo que a redação do art. 60, §4º, dá a entender que a proteção contra emendas abolitivas se restringiria somente aos direitos e garantias individuais.¹⁵ No entanto, uma interpretação sistemática da Constituição é capaz de superar esse entendimento, visto que a proteção da dignidade da pessoa humana não pode ser relativizada por uma infeliz escolha de técnica legislativa pelo constituinte.¹⁶

O posicionamento que aponta a distinção na tutela de direitos civis e políticos e direitos sociais tem como uma de suas fontes o regime constitucional lusitano, o qual, segundo seus defensores, teria influenciado o constituinte brasileiro. De fato, na Constituição portuguesa de 1976, há a divisão dos direitos fundamentais em dois grandes grupos formados pelos direitos, liberdades e garantias (Título II) e pelos direitos económicos, sociais e culturais (Título III). A partir desta diferenciação, o constituinte português previu expressamente regimes jurídicos diferenciados para

¹² Como exemplo podemos citar um dos manuais de direito constitucional mais utilizado no Brasil: MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 709.

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. *A Constituição Brasileira de 1988 – Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. p. 21 e ss.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*. p. 159.

¹⁵ Autores que seguem tal entendimento são citados por HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...* Op. Cit. p. 71.

¹⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Op. Cit. p. 82.

ambos os grupos de modo a privilegiar os direitos, liberdades e garantias ao incluí-los nas cláusulas pétreas e conceder-lhes aplicação direta. Tratamento que não possui correspondência aos direitos económicos, sociais e culturais.¹⁷

Contudo, mesmo na doutrina constitucional lusitana há posicionamentos que superam essa limitação hermenêutica e visam conferir um regime jurídico unitário, sendo descabido importar ao nosso regime constitucional uma interpretação retrógrada e que apenas limitaria a tutela efetiva dos direitos fundamentais assentado num critério eminentemente superficial.¹⁸

Um terceiro fator suscitado por parte da doutrina que visa a excluir os direitos sociais do regime jurídico especial dos direitos fundamentais é a dificuldade em exprimir da pretensamente genérica redação constitucional dos direitos sociais a efetividade prática necessária para se garantir sua tutela imediata, sem intermediação do legislador infraconstitucional.¹⁹ Segundo esses autores, os direitos sociais sofrem de uma indeterminação intrínseca inerentes a sua própria natureza e que prejudicaria a subsunção de seu conteúdo à efetiva tutela judicial, retirando-lhe a possibilidade de aplicabilidade imediata.²⁰

No atual estágio de desenvolvimento constitucional, entretanto, não é possível sustentar tal posicionamento visto que, por mais aberto que seja o conteúdo previsto na redação constitucional, é possível exprimir um núcleo hermenêutico que lhe garante uma definição a qual ainda pode ser interpretada sistematicamente com outros preceitos constitucionais. Além do mais, consoante explicação de Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, todas as normas que tratam de direitos fundamentais têm conteúdo aberto, não somente os direitos fundamentais sociais, o que não impede que corriqueiramente se protejam direitos fundamentais individuais em sua dimensão negativa.²¹

Por fim, o quarto e último fator aqui referido que visa a relativização da inserção dos direitos sociais no regime especial de proteção aos direitos fundamentais

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais...Op. Cit. p. 161.

¹⁸ Um dos autores lusitanos que defendem este posicionamento é Jorge Reis Novais, o qual aponta a artificialidade de tal separação ao se considerar a multidimensionalidade dos direitos fundamentais (conceito que será abordado no capítulo subsequente). NOVAIS, Jorge Reis apud HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...* Op. Cit. p. 85

¹⁹ Como defende MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 426-450.

²⁰ Autores que defendem tais ideias são referidos por HACHEM, Daniel Wunder. Op. Cit. p. 73.

²¹ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: Entre constitucionalismo e democracia*. Prefácio Katya Kozicki. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 191.

consiste na sua dimensão prestacional. Os adeptos deste posicionamento asseveram que os direitos sociais, em grande parte, demandam do Poder Público uma atuação positiva, ao contrário dos direitos de liberdade que implicam ao Estado o dever de não-fazer, impondo proibições de intervenção pública nas esferas jurídicas individuais.²²

A partir desta clivagem argumentam que, por exigirem ações positivas do Poder Público, há a necessidade de dispêndio de recursos financeiros pelo Estado para a sua implementação. Esta necessidade criaria alguns entraves à efetivação dos direitos sociais de tal monta que estes perdem a sua eficácia imediata, ficando refreados por conceitos como a disponibilidade financeira existente, a reserva de leis orçamentárias e até conceitos estruturalmente indeterminados como a razoabilidade do que se pode exigir da sociedade. Todos estes conceitos serão detalhados no segundo capítulo deste trabalho, já que integram a definição do objeto central de análise deste trabalho que é a reserva do possível.

Como se passará a analisar, a dimensão prestacional de direitos não se limitam aos direitos sociais. Todo e cada direito fundamental possui um feixe multidimensional de posições jusfundamentais. Isto posto, trata-se de uma singela tentativa de afastar os direitos sociais do regime especial dos direitos fundamentais assentada num raciocínio frugal do qual não se apreende um rigor técnico científico.

Do conteúdo das normas fundamentais de direitos de liberdade e de direitos sociais é possível apontar, de um lado, obrigações de simples abstenção e, de outro, obrigações de prestações pelo Estado. Consoante ensinamento do professor alemão Robert Alexy, o qual será visto em detalhe no capítulo subsequente, num único dispositivo normativo é possível assimilar um feixe de posições jusfundamentais que implicarão em diferentes relações obrigacionais entre Estado e cidadão e em relações horizontais entre cidadãos.²³

²² Dentre os autores que adotam esta linha de raciocínio pode-se citar Gilmar Mendes, José Joaquim Gomes Canotilho e José Carlos Vieira de Andrade.

²³ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 240.

1.3. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais

Conforme se propõe aqui demonstrar, não há, a rigor, razões para um tratamento jurídico diferenciado entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, apesar de grande parte da doutrina insistir na diferenciação da aplicabilidade imediata apontando características que seriam inerentes a cada “espécie” de direito fundamental e que implicariam na necessidade de tratá-los de forma diferenciada.

Aqui é relevante apontar a cisão sofrida pelos direitos humanos²⁴ e a diferenciação de sua aplicabilidade que pode ser remontada aos primórdios do surgimento das Nações Unidas que, em 1951, elaborou dois pactos internacionais de direitos humanos com eficácia “normativa”, ambos regulamentadores da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Estes pactos foram frutos do dissenso ideológico entre os Estados capitalistas e socialistas e correspondem ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.²⁵ Esta distinção baseou-se justamente na clássica oposição entre direitos negativos ou de defesa e direitos positivos ou prestacionais, posição adotada principalmente pelo bloco capitalista que visava mascarar a escolha ideológica de relegar aos direitos sociais uma implementação subsidiária aos direitos políticos e civis.

Na doutrina pátria, em Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, é possível claramente verificar este posicionamento. Ao definir os direitos de defesa, afirma que na ordem jurídica nacional esses direitos estão contidos, em grande medida, no art. 5º da Constituição Federal, no qual estão positivados clássicos direitos de liberdade (comumente classificados como direitos de primeira geração) tal qual o direito à liberdade de crença (inc. VI) e livre manifestação do pensamento (inc. IV), o sigilo de comunicações, dentre outros. São direitos fundamentais que, segundo o jurista, vedam interferências estatais no âmbito de liberdade dos indivíduos e podem ser

²⁴ Cabe fazer referência de que, conforme leciona Plínio Melgaré, direitos humanos e direitos fundamentais não são sinônimos. Segundo Melgaré, os direitos humanos se relacionam com “as básicas exigências referentes à dignidade, à liberdade, e à igualdade, ainda que não reconhecidas por qualquer norma”. Por sua vez, os direitos fundamentais se referem aos direitos humanos que se encontram garantidos pelo ordenamento jurídico positivo. MELGARÉ, Plínio. Direitos Humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília/DF. v. 39, n. 154, abr./jun. de 2002. p. 73.

²⁵ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 446.

classificadas, portanto, como normas de competência negativa.²⁶ Ressalta-se que em nenhum momento o autor faz a ressalva de estar tratando de apenas uma dimensão desses direitos, ele os está analisando como um todo.

Completa a sua definição dos direitos de defesa indicando que, com relação a sua estrutura, os direitos de defesa são auto-executáveis. Mesmo que possa se encontrar expressões vagas e abertas, isso não pode constituir um entrave para a sua aplicação já que seu conteúdo, na maior parte dos casos, pode ser determinado pela via hermenêutica, cabendo esta tarefa precipuamente ao judiciário.²⁷

Por outro lado, ao definir o conceito de direitos a prestação, dos quais extrai os exemplos dos direitos sociais enumerados no art. 6º da Constituição (direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, etc), explica que estes direitos traduzem uma ação positiva do Estado de tal forma que esta característica “[...] os distinguem dos direitos de defesa não somente quanto à finalidade, mas, igualmente, quanto ao seu modo de exercício e à eficácia”.²⁸

A satisfação dos direitos a prestação, segundo Gilmar Mendes, é relegada ao descortino do legislador, não cabendo ao judiciário extrair direitos subjetivos destas normas. O direito subjetivo exigiria uma precisão e delimitação que foge à competência do judiciário, sendo necessária a sua deliberação pelo legislador que é o legitimado para escolher quais direitos privilegiar. “O legislador há de dispor de uma ampla liberdade de conformação, quer quanto às soluções normativas concretas quer quanto ao modo organizatório e ritmo de concretização”.²⁹ No mesmo sentido, ele cita Vieira de Andrade que escreve que “o legislador (...) estabelece autonomamente a forma e a medida em que concretiza as imposições constitucionais respectivas”.³⁰

Consoante explicação de Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, alguns autores, como os acima citados, negam de maneira categórica a competência dos magistrados a arbitrar sobre medidas políticas que envolvam a alocação de recursos orçamentários por invocarem o argumento de que os juízes, ao contrário dos membros dos poderes legislativo e executivo, não foram investidos em seus cargos a partir da

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional...* Op. Cit. p. 256.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Idem.* p. 257.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Idem.* p. 258.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 440.

³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Idem.* p. 262.

vontade do povo. Dessa maneira, só estariam capacitados a tomar decisões de alocação de bens escassos aqueles que representam a vontade da maioria.³¹

No entanto, como ressalva a autora, sem defender que o Judiciário intervenha em políticas públicas orçamentárias para a realização dos direitos sociais, é legítimo que o Judiciário atue na inércia destes poderes, principalmente quando chamado a atuar pelos destinatários da prestação social ignorada. A intervenção do Judiciário em questões de definição de conteúdo substantivo dos direitos fundamentais, além de não afrontar o princípio democrático, dá-lhe força, caso exercido dentro de certos padrões de conduta.³²

Portanto, fica claro a tentativa de diferenciação conferida por certos autores ao regime de aplicabilidade dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. A este fica condicionada a sua aplicação pela vontade do legislador em regulamentar o seu conteúdo normativo, conferindo-lhe uma efetividade quase que de norma meramente programática. Do outro lado, aos direitos de liberdade há uma eficaz e imediata aplicabilidade independentemente de sua concretização normativa.

Esta clássica separação, entre direitos de liberdade e direitos sociais, oculta a perspectiva da multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Aos direitos de liberdade, limitam-se a relacionar somente as funções de proteção, classificando-os como direitos de defesa. Por outro lado, aos direitos sociais enquadram somente a função prestacional, nomeando-os como direitos a prestações. Essa visão amputada das dimensões dos direitos fundamentais leva à compreensão equivocada de que a cada direito em espécie caberia apenas uma função.

Alexy, a respeito da multidimensionalidade dos direitos, explica que, cotidianamente, quando se fala de um direito fundamental como o direito à vida ou à liberdade de expressão, é comum a referência a apenas um direito individual e não ao direito fundamental como um todo, o qual engloba muito mais do que esta genérica percepção.³³

³¹ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional... Op. Cit.* p. 185.

³² BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Idem.* p. 186.

³³ A título de curiosidade, Pontes de Miranda, em comentários à Constituição de 1967, já fazia a ressalva de que um mesmo direito pode implicar em várias ações para o seu titular, um raciocínio já imbuído de incipiente consciência do caráter multifuncional dos direitos positivados na Constituição de 67. Posicionamento que pode ser encontrado em sua obra: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 661-665.

Descrevendo em poucas palavras, o direito fundamental como um todo seria, para o autor, um feixe de posições jusfundamentais que vão corresponder a um conjunto de normas que se entrelaçam ao conteúdo nuclear do direito fundamental, tendo este conjunto a potencialidade de exprimir as mais diversas relações obrigacionais entre Estado e cidadão.³⁴

O autor separa estas múltiplas funções dos direitos fundamentais em dois grandes blocos: 1) função de defesa e 2) função de prestação em sentido amplo. Este pode ser dividido da seguinte maneira: 2.1) direitos à proteção; 2.2) direitos à organização e procedimento e 2.3) direitos a prestações em sentido estrito.³⁵ Cabe ressaltar que um direito fundamental pode apresentar todas as funções a depender do caso concreto, não ficando restrito à expressão de apenas uma função.

A função de defesa dos direitos fundamentais expressa a proibição de interferência indevida na esfera particular do seu titular e impõe, portanto, uma conduta de omissão por parte do Estado. Conforme já relatado, é a função tipicamente atada aos direitos de liberdade como o direito à livre manifestação do pensamento que impõe ao Estado a obrigação de não praticar nenhum ato que venha a coibir a liberdade de expressão de seus cidadãos. É possível observar ainda essa dimensão negativa em direitos tidos como tipicamente sociais como, por exemplo, o direito de greve que estabelece a obrigação de não interferência do Estado em manifestações grevistas. Obviamente são expressões de natureza principiológica e, portanto, abertas à ponderação hermenêutica no caso concreto.

É importante destacar que, apesar de impor um dever de abstenção, a sua proteção exige a disposição de mecanismos de proteção estatal para a promoção da defesa destes direitos como faz a Constituição Federal ao colocar à disposição os instrumentos do *habeas corpus* e o mandado de segurança, por exemplo.

A função prestacional dos direitos fundamentais, por sua vez, exprime a imposição ao Estado de criar pressupostos fáticos e jurídicos necessários ao exercício dos direitos, traduzindo-se em obrigações positivas que exigem um posicionamento ativo do Estado.

Em sua expressão de proteção, os direitos prestacionais investem ao seu titular o direito de ter a proteção do Estado contra a investida de terceiros na fruição

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Op. Cit. p. 241.

³⁵ ALEXY, Robert. *Idem*. p. 430.

de seus direitos fundamentais. Para oferecer esta proteção, o Estado deve atuar positivamente de modo a construir normas, instituições e instrumentos que garantam a tutela efetiva dos direitos fundamentais. O exemplo dado por Alexy é a normatização de leis como o direito penal e o direito civil para a proteção de bens jurídicos fundamentais.³⁶

Com relação ao direito à organização e procedimento, há a outorga ao Estado do dever de emitir normas jurídicas, sejam legislativas ou administrativas, que visem originar estruturas organizacionais e procedimentais que possibilitem o exercício dos direitos fundamentais.³⁷ O exemplo clássico é o do direito ao sufrágio universal, o qual impõe ao Estado o dever de propiciar a previsão normativa da organização e procedimento eleitoral.

Por fim, os direitos a prestações em sentido estrito são, segundo definição do jurista alemão, “direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta satisfatória - poderia obter também dos particulares”.³⁸ É a dimensão que é normalmente vinculada aos direitos sociais como os direitos à saúde e educação e o que traz uma enorme gama de empecilhos a sua efetivação, sobretudo em razão das dificuldades resultantes da escassez de recursos.

A título de ilustração da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, Alexy esmiúça o direito fundamental ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado que, como os demais direitos fundamentais, apresenta um feixe de posições jurídicas distintas. (i) Em sua função de defesa estabelece que o Estado se abstenha de promover atividades atentatórias ao meio-ambiente; (ii) a sua função de proteção impõe ao Estado que proteja os seus cidadãos de intervenções de terceiros que prejudiquem o equilíbrio ambiental; (iii) a função de organização e procedimento, por sua vez, fixa ao Estado o dever de permitir ao titular deste direito fundamental participar de procedimentos relevantes ao meio ambiente como ocorre, por exemplo, na formulação dos planos diretores; (iv) finalmente, a função de prestação em sentido

³⁶ ALEXY, Robert. *Idem*. p. 436.

³⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...* Op. Cit. p. 132.

³⁸ ALEXY, Robert. Op. Cit. Tradução livre. p. 482.

estrito estipula o dever de que o próprio Estado execute medidas concretas direcionadas à melhora do meio ambiente.³⁹

No fim, sua exposição demonstra que a classificação que visa a distinguir os direitos em direitos de liberdade e direitos sociais, direitos de primeira geração e direitos de segunda geração, etc., para fins de determinação do regime jurídico aplicável, são absolutamente artificiais, levam em conta somente o principal aspecto de cada direito, o que não é sinônimo de lhe imprimir o seu conteúdo ou sua essência capaz de estabelecer um critério diferenciador.

Assim sendo, consoante ensinamento de Daniel Hachem,⁴⁰ não há como estabelecer diferenças estruturais entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, quando considerados em sua perspectiva integral, já que há deveres estatais custosos para ambos. Trazer o argumento da escassez de recursos não pode justificar a limitação da aplicabilidade imediata aos direitos sociais.

Portanto, continua explicando o autor, o regime especial de aplicação imediata é o mesmo para todos os direitos fundamentais. A dificuldade persiste, entretanto, quando averiguamos a aplicabilidade imediata nas diferentes funções de cada direito fundamental (respeito, proteção e prestação).

Por fim, conclui o mesmo que notoriamente haverá diferenciação de justiciabilidade de acordo com cada uma das funções. Quando se cuida do dever de respeitar, que exige por parte do Estado apenas uma omissão, não há muitas controvérsias dado que seu conteúdo normativo não precisa ser aprofundado para oferecer um mandado de omissão. Por outro lado, quando envolvidos os deveres de proteção e de prestação, a dificuldade de se estabelecer um mandado claro e específico é muito maior, dado que se exige uma densidade normativa que não estão traçadas de antemão na Constituição e muitas vezes nem na legislação infraconstitucional.

³⁹ ALEXY, Robert. *Idem*. p. 429.

⁴⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...* Op. Cit. p. 129-144.

1.4. A influência da teoria dos custos dos direitos para a compreensão dos direitos prestacionais

Corroborando à supracitada interpretação a respeito da multidimensionalidade dos direitos os apontamentos de uma obra de dois autores estadunidenses, Stephen Holmes e Cass Sunstein, intitulada de *The Cost of Rights: Why liberty depends on Taxes*.⁴¹ Nela, os juristas defendem e demonstram que todos os direitos, inclusive os direitos de primeira geração, impõem deveres de atuação estatal, portanto, *todos os direitos possuem uma dimensão positiva*.

A partir da análise empírica da tutela de direitos classicamente considerados como direitos de liberdade, os autores chegam à conclusão de que todos os direitos exigem uma prestação do Estado no sentido econômico, ou seja, todos eles têm custos. Mesmo que estes custos não representem a realização de prestações sociais fáticas, eles demandam pelo menos a criação de estruturas institucionais gerando custos que representam um montante considerável. Inexistem direitos ou liberdades puramente privados, todos dependem fundamentalmente das instituições públicas, sendo, portanto, custosos.

Para se ter noção dos gastos envolvidos na manutenção do sistema judiciário brasileiro, é oportuno colacionar alguns dados interessantes que podem apontar o espectro maior da situação atual. Os seguintes dados foram coletados a partir do sistema de informações Siga Brasil, o qual reúne diversas bases de dados como o SIAFI, SIOP, SELOR, dentre outros.⁴²

Na vigência da lei orçamentária anual de 2014, até o início do mês de setembro, já foram empenhados para a manutenção da Justiça Federal de primeiro grau a quantia de R\$ 5.022.369.664,00. Para o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, foram empenhados R\$ 889.820.570,00. Com relação ao Supremo Tribunal Federal já foi empenhado o valor de R\$ 486.684.369,00, ressaltando que se trata de um tribunal que conta com um colegiado de apenas 11 ministros. Somando todos estes valores, os quais correspondem a uma pequena fração dos gastos totais do

⁴¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why liberty depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

⁴² O sistema Siga Brasil pode ser acessado através do seguinte endereço eletrônico: <<http://www12.senado.gov.br/orcamento/sigabrasil>> acessado no dia 11/09/2014.

judiciário somente na esfera federal, o montante ultrapassa o valor de seis bilhões de reais.

Em seu livro, os autores estadunidenses trazem um exemplo mais específico referente a um incêndio devastador ocorrido em Westhampton no ano de 1995, localidade que concentrava uma área residencial de alto padrão de vida. Apesar da grande magnitude dos estragos, não houve nenhuma vítima fatal, no entanto os danos materiais foram devastadores. Toda uma área de 10x20km foi afetada pela destruição exigindo um imenso esforço do Estado na prestação dos serviços dos bombeiros das três esferas federativas para o combate ao alastramento do fogo e a proteção das propriedades circundantes. O custo para o Estado na execução desse serviço girou em torno de \$1,1 milhões a \$2,9 milhões de dólares.⁴³ Foram gastos, portanto, esse montante de recursos públicos para a proteção de um direito tido como tipicamente de defesa como o é o direito de propriedade.

Canotilho, comentando acerca do tema em análise, acrescenta ao pensamento de Holmes e Sunstein ao afirmar que existe uma relação intrínseca entre direitos econômicos, sociais e culturais e direitos, liberdade e garantias. Do mesmo modo que os direitos econômicos, sociais e culturais pressupõem a “liberdade”, também os direitos, liberdades e garantias estão ligados a referentes econômicos, sociais e culturais. É o que o lusitano chama de paradigma da liberdade igual, a qual aponta para uma igualdade real, “o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens económicos, sociais e culturais.” E a liberdade igual torna indispensável uma tarefa de distribuição/redistribuição dos “bens sociais”.⁴⁴

Em interessante e pormenorizado estudo realizado por Flávio Galdino acerca dos posicionamentos da doutrina brasileira com relação aos custos dos direitos, o autor traça cinco momentos no modo como ocorria essa relação.

(I) modelo teórico da indiferença: o caráter positivo da prestação estatal e o respectivo custo são absolutamente indiferentes ao pensamento jurídico.

(II) modelo teórico do reconhecimento: a produção intelectual funda-se no reconhecimento institucional de direitos a prestações (ditos sociais), o que implica reconhecer direitos positivos; ao mesmo tempo afasta-se a pronta exigibilidade desses novos direitos.

⁴³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights... Op. Cit.* p. 13.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 480.

(III) modelo teórico da utopia: a crítica ideológica e a crença em despesas sem limite igualam direitos negativos e positivos, a positividade dos direitos sociais permanece reconhecida, mas o elemento custo é desprezado.

(IV) modelo teórico da verificação da limitação dos recursos: o custo assume caráter fundamental, de tal arte que, mantida a tipologia positivo/negativo, tem-se a efetividade dos direitos sociais como sendo dependente da reserva do possível.

(V) modelo teórico dos custos dos direitos: revela a superação dos modelos anteriores; tem-se por superada essa tradicional tipologia positivo/negativo dos direitos fundamentais.⁴⁵

O próprio Galdino se posiciona no último modelo teórico afirmando que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação de todos os direitos e liberdades. Isso somado à consideração de que o Estado funciona somente em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados dos contribuintes por toda a sociedade, chega-se à conclusão de que os direitos só existem aonde há um fluxo de capital administrado pelo Estado. Além disso, a existência do reconhecimento de direitos pelo Estado está indissociavelmente vinculada à existência de instrumentos que os tutelem, instrumentos que também vão demandar o influxo de verbas.⁴⁶

O autor ainda traz uma interessante conclusão do porquê grande parte da doutrina escolhe ignorar a apreciação das questões levantadas. Referenciando Cass Sunstein e Stephen Holmes, ele aponta que pelo lado dos pensadores liberais a crença na ausência de custos de certos direitos e liberdades permite o encobrimento de uma escolha política de consagração de uma orientação conservadora de máxima tutela de direitos tidos como individuais (direito de propriedade, por exemplo) em detrimento de direitos considerados sociais, limitando a aplicação destes baseado numa restrição genérica que não corresponde à realidade.

Por outro lado, é imperioso indicar que muitos pensadores progressistas e promotores incondicionais dos direitos humanos também fazem a escolha de deixar a abordagem dos custos dos direitos de lado. Há, por parte destes, o receio de que a consciência e as discussões desta questão acabem por resultar na diminuição do comprometimento com a proteção desses direitos.⁴⁷

⁴⁵ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 181.

⁴⁶ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos...* Op. Cit. p. 204.

⁴⁷ GALDINO, Flávio. *Idem*. p. 205.

Impende ressaltar aqui, como leciona o professor Hachem, que não se nega a necessidade de se levar em conta a questão do sopesamento da limitação orçamentária e disponibilidade fática de recursos como critérios válidos para a análise de pretensões judiciais em matéria de direitos fundamentais. O que se está afirmando é que este fator não serve a retirar dos direitos sociais o seu caráter de jusfundamentalidade, visto que o dispêndio de recursos materiais para a efetivação de qualquer direito fundamental, seja ele de liberdade ou social, é imprescindível. Não se busca aqui afirmar que haja maior justiciabilidade às pretensões fundadas em direitos de liberdade, apenas que a efetivação dos direitos fundamentais em sua dimensão prestacional em sentido amplo exige a superação de maiores obstáculos para lograr o cumprimento de suas funções protetivas e prestacionais.⁴⁸

Na mesma medida que os direitos sociais possuem maiores dificuldades no cumprimento dessas funções, os direitos de liberdade também sofrerão nessas dimensões. Pegando o exemplo do direito à vida e à integridade física, analisando a função de proteção destas em sua dimensão positiva, a sua judiciabilidade não possui contornos bem definidos, abrindo lacunas que não são preenchidas pelo conteúdo definido pelo texto constitucional, assim como acontece nas mesmas dimensões dos direitos sociais. Quando comparados, do mesmo modo, os direitos de liberdade e os direitos sociais em suas funções de defesa, não se observa diferenças de aplicabilidade. Logo, “a conclusão a que se chega é *que custoso é o cumprimento da função prestacional de todos direitos fundamentais, sejam eles quais forem, e não o atendimento dos direitos sociais em específico*”.⁴⁹

É preciso, portanto, superar o entendimento de que distinguir os direitos fundamentais em classes distintas pelo critério da preponderância de uma dimensão ou outra vai determinar regimes jurídicos de aplicabilidade diferenciados.

Através desta concisa exposição foi empreendido o escopo de permear alguns aspectos relevantes dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais que é objeto referencial tradicional do conceito de reserva do possível, e demonstrar que a limitação trazida pela escassez de recursos não se restringe aos direitos fundamentais sociais na medida em que todos os direitos fundamentais possuem a potencialidade de exprimir funções prestacionais.

⁴⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...* Op. Cit. p. 138.

⁴⁹ HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit. p. 138.

Destarte, como bem colocou Bittencourt Neto, a eficácia da dimensão prestacional de todos os direitos fundamentais, inclusive dos de liberdade, “esbarra na limitação de recursos disponíveis, subordinando-se à reserva dos cofres públicos e à necessidade de se definirem os meios de concretização”.⁵⁰

Pretende, ainda, ressaltar que a efetivação de direitos sociais não pode ser absolutamente restringida pelo conceito de reserva do possível já que, pelo menos em sua dimensão negativa, os direitos sociais podem ser efetivados com tão pouco dispêndio de recursos econômicos quanto os direitos tradicionalmente tidos como direitos de liberdade.

Feitas estas imprescindíveis considerações quanto ao objeto da reserva do possível, dar-se-á sequência à segunda etapa deste trabalho na qual se irá destrinchar o seu conceito.

⁵⁰ BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 146.

2. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO FUNDAMENTO PARA RESTRINGIR A IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

A partir da primeira parte deste trabalho já foi possível delinear alguns aspectos do conteúdo da reserva do possível, mesmo que indiretamente. Conforme exposto, este conceito é usualmente compreendido como condicionamento da realização de direitos, notadamente dos direitos sociais, à existência de recursos materiais. No entanto, conforme se propõe demonstrar, em sua origem, na jurisprudência alienígena, o conceito denotava um teor voltado mais proximamente à ideia de proporcionalidade, condicionando a tutela de direitos fundamentais apenas àquilo que se possa racionalmente esperar do Estado, levando-se em conta o necessário equilíbrio do Estado Social.⁵¹

2.1 Surgimento do conceito reserva do possível na jurisprudência alemã

Apesar de Sgarbossa já encontrar na França do século VI⁵² uma incipiente racionalidade a respeito do provimento da população carente pela sociedade na *proporção de seus recursos*, ideia que possui conexões com a noção de reserva do possível, o berço de seu conceito contemporâneo se encontra numa série de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, em especial o célebre caso *numerus clausus* I de 1973.⁵³

Neste julgado discutia-se o acesso de cidadãos ao curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique que estava sendo restringido pela adoção do sistema do *numerus clausus*⁵⁴, o qual limitava o número de vagas para o acesso ao ensino superior. Sendo assim, este critério restritivo entrou em conflito com os direitos

⁵¹ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos...* Op. Cit. p. 19.

⁵² O autor remonta ao II Concílio de Tours em que se encontrava o princípio medieval do *secundum vires* ou *nec ultra vires* os quais emanavam o dever da sociedade em prover os necessitados na medida de suas forças. SGARBOSSA, Luís Fernando. *Idem*. p. 127.

⁵³ Cf. BVerfGE 33, 303 (333). O inteiro teor desta decisão pode ser encontrado em seu idioma original no seguinte endereço eletrônico: < <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html> > visitado no dia 21/08/2014. É possível ainda encontrar trechos importantes da decisão traduzidos para o português na obra de OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 215-218.

⁵⁴ Critério previsto no art. 17 da Lei sobre a Universidade de Hamburgo e art. 4º da Lei relativa à admissão aos estabelecimentos de ensino superior da Baviera. Conforme escreveu SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos...* Op. Cit. p.134.

de livre escolha da profissão e do local de formação, ambos previstos no art. 12 da Lei Fundamental alemã de 1949.⁵⁵

Em delongada fundamentação em que foram analisadas diversas questões empíricas a respeito do esforço do Estado em ampliar o número de vagas para estes cursos, a Corte Constitucional verificou que o Estado alemão estava fazendo de tudo para tornar mais acessível o ingresso ao ensino superior. “Exigir mais, para o fim de satisfação individual de cada cidadão, obrigando o Estado a negligenciar outros programas sociais, ou mesmo comprometer suas políticas públicas, não se mostrava razoável”.⁵⁶

Nesse mesmo sentido Sgarbossa interpretou a fundamentação da decisão. Segundo o autor, a Corte Constitucional Federal alemã proferiu entendimento de que: “na medida em que os direitos de tomar parte são limitados e não existentes a priori, encontram-se sob a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade”.⁵⁷ Isso fica explicitado na seguinte passagem da referida decisão:

Como esses efeitos somente podem ser enfrentados por uma ampliação da capacidade, a pergunta que se apresenta é se, dos valores oriundos da decisão jusfundamental, e da decisão de utilizar o monopólio do ensino, emerge uma exigência constitucional de prestação social pelo Estado, no sentido de prover suficiente capacidade de ensino para os diferentes cursos. Ainda que a resposta desta questão fosse afirmativa, não é necessário decidir aqui se, dessa exigência, pode ser deduzido, a partir de requisitos específicos, um inquestionável direito individual, de titularidade do cidadão, à obtenção de uma vaga universitária. Isso, porque consequências, no âmbito do Direito Constitucional, somente seriam possíveis, se houvesse evidente violação de tal exigência. Isso não pode ser determinado, no âmbito do curso de medicina: os direitos a prestações não têm suas prioridades delimitadas de antemão e em cada caso; submetendo-se à Reserva do Possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade.⁵⁸

A decisão limitou uma interpretação exageradamente extensiva do direito individual à liberdade de escolha da profissão e local de formação em face dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ambos consagrados em sua jurisprudência, além de reforçar o estabelecimento destes limites ao pleno

⁵⁵ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Idem*. Op. Cit. p.135.

⁵⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais...* Op. Cit. p. 219.

⁵⁷ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Idem*. Op. Cit. p.136.

⁵⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais...* Op. Cit. p. 216.

desenvolvimento do modelo de Estado Social, já que a implementação irracional desta política educacional poderia comprometer outras políticas públicas.⁵⁹

A Corte Constitucional alemã acabou por declarar a constitucionalidade das leis de Hamburgo e da Baviera, as quais haviam instituído o critério do *numerus clausus*, assim como não reconheceu o direito subjetivo individual à vaga no curso e na universidade de livre escolha, aos litigantes só caberia exigir do Estado e sociedade aquilo que dela possa racionalmente esperar no marco do Estado Social.

No entanto, conforme explica Alexy, os julgadores foram cautelosos em exprimir que aos pretendentes, assim como a qualquer um que cumprisse os requisitos necessários, caberia o direito em ter fornecidas oportunidades mínimas suficientes a lhe permitir ter uma chance de ingresso nos cursos e localidades de sua escolha.

Essa é uma implicação direta da dimensão à organização e ao procedimento dos direitos fundamentais como explicava o próprio autor tedesco em sua teoria da multidimensionalidade dos direitos fundamentais. O jurista alemão expôs as seguintes palavras a respeito da sentença em análise:

Nas decisões sobre o *numerus clausus*, a ponderação não conduz a um direito definitivo de cada indivíduo a ser admitido no curso de sua escolha, mas, em qualquer caso, um direito definitivo a um procedimento de seleção que lhe outorga uma oportunidade suficiente, o que indica uma conexão entre os direitos fundamentais sociais e os direitos ao procedimento analisados acima.⁶⁰

Aprofundando as implicações do teor da referida decisão, Sarlet leciona que exigir proporcionalidade e razoabilidade à implementação de direitos fundamentais implica na impossibilidade de sustentar a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor ele próprio de recursos suficientes ao seu sustento. Ressalvando ainda, conforme entendimento da decisão referida e de boa parte da doutrina alemã, que a definição do que seria razoável depende também da ponderação por parte do legislador.⁶¹

⁵⁹ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Idem*. Op. Cit. p.139.

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Op. Cit. p. 423.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 287.

Conforme análise de Ana Lucia Pretto Pereira⁶², a decisão da Corte alemã no julgado *numerus clausus* aponta para três ideias relevantes para a evolução da compreensão da teoria da reserva do possível na doutrina e jurisprudência nacionais. Em primeiro lugar, entendeu-se que da previsão constitucional à livre escolha da profissão não emerge um direito fundamental social subjetivo, ou seja, não implica um direito aos cidadãos de demandar judicialmente uma vaga na universidade.

Por outro lado, denotam, pelo menos, dois outros deveres ao Estado. O primeiro seria o dever de alocar esforços para garantir a gradual estruturação das universidades para suprir a demanda social (perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais)⁶³, função que o Estado alemão estava cumprindo segundo as análises empíricas da referida decisão. O segundo dever é o de garantir um procedimento de seleção que garanta aos que pleiteiam cursar a universidade uma oportunidade de ingresso ao ensino superior (conexão entre os direitos fundamentais sociais e os direitos ao procedimento conforme foi analisado acima).

Fica claro, portanto, a multidimensionalidade do direito fundamental de livre escolha da profissão, tendo o argumento da reserva do possível limitado apenas uma de suas dimensões que é dimensão prestacional em sentido estrito, conforme a já analisada classificação de Alexy.

A segunda ideia relevante apontada por Ana Lucia Pretto Pereira se refere ao entendimento da Corte alemã segundo o qual as regras *numerus clausus* não violaram a Constituição alemã na medida em que apenas obstaram o acesso a vagas no curso de ensino superior. O direito dos cidadãos à livre escolha da profissão que pretendiam exercer e da instituição onde almejavam estudar mantiveram-se incólumes por exprimirem direitos de liberdade os quais, *prima facie*, não necessitam de prestações estatais para viabilizar sua efetivação. Objetivamente, portanto, os julgadores não encontraram violação da Constituição, pois segundo seu entendimento a Lei Fundamental *não garante o acesso a uma vaga no ensino superior*.⁶⁴

⁶² PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A Reserva Do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFPR, Curitiba/PR. 2009. p. 10.

⁶³ Conforme explica Sarlet: “os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza *jurídico-objetiva* da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* Op. Cit. p. 143.

⁶⁴ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A Reserva Do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira...* Op. Cit. p. 12.

Por fim, a terceira ideia aponta para o entendimento da referida Corte de que o Estado alemão estava empreendendo esforços destinados a superar o descompasso entre o número de vagas ofertadas e a demanda social crescente pelas mesmas. Isso fica claro no momento em que a Corte condiciona a manutenção das regras restritivas a uma revisão periódica para aferição da gradual superação deste descompasso. “O alargamento do ingresso no ensino superior deveria acontecer dentro do possível e obedecendo a uma sequência controlada. E tal postura seria determinante para a manutenção da qualidade de ensino”.⁶⁵

Neste capítulo buscou-se apresentar sucintamente os aspectos mais relevantes do surgimento do conceito de reserva do possível na jurisprudência alemã. Como foi visto, o principal aspecto da reserva do possível estava ligada ao entendimento de que as pretensões judiciais de cidadãos deviam guardar proporcionalidade com o que se pode racionalmente esperar do Estado, não entrando no mérito específico da questão dos custos dos direitos, apesar de ela ser abordada mesmo que indiretamente quando os julgadores trazem à tona a proteção do modelo de Estado Social.

Quando da sua circulação teórica para outros países com realidades político-sociais e estruturas jurídicas distintas, o mesmo conceito sofre uma série de mutações que alteraram sensivelmente o entendimento do que exprime o conteúdo da reserva do possível.⁶⁶ Foi o que aconteceu com a internalização de seu conceito na doutrina e jurisprudência nacionais.

2.2 A recepção inicial da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro

Concluída a tarefa de definir os contornos do surgimento do conceito de reserva do possível na jurisprudência alemã, passar-se-á à análise da recepção do mesmo conceito na doutrina e jurisprudência nacionais a partir das quais será possível observar algumas peculiaridades em seu conteúdo.

⁶⁵ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Idem*. p. 12-13.

⁶⁶ Consoante lição de Sgarbossa: “Segundo certa linha da Antropologia Jurídica e do Direito Comparado, o difusionismo desempenha um papel jurígeno relevantíssimo, muito maior do que aquele comparativamente desempenhado pelo evolucionismo, ou seja, pelas criações originais autóctones [...] Com efeito, não é raro que a recepção de direito acarrete mutações jurídicas, compreendidas como a alteração de conteúdo da norma (ou da teoria, em casos como o presente), em detrimento da literalidade do dispositivo (ou da feição originária da teoria, como no caso presente)”. SGARBOSSA, L. F. Op. Cit. p. 146-147.

A internalização da teoria da reserva do possível acarretou em sensíveis mudanças de seu conteúdo, afastando-se em certa medida de sua concepção original oriunda da jurisprudência tedesca. Enquanto nesta a preocupação central girava em torno da proporcionalidade e razoabilidade (aquilo que razoavelmente se pode exigir), no Brasil o foco central passou a ser a questão da disponibilidade de recursos, o custo dos direitos.⁶⁷

É importante, antes de mais nada, analisar o momento histórico pelo qual passava o Brasil quando a doutrina da reserva do possível foi internalizada para o nosso ordenamento jurídico. Segundo lição de José Reinaldo Lima Lopes:

A reserva do possível não é uma novidade absoluta, embora seu enquadramento no direito constitucional torne-a particularmente distinta hoje em dia. Tornou-se expressão corrente em um contexto bastante determinado e dentro de tal contexto deve ser entendida, explicada e explorada. O contexto é o das promessas dos benefícios sociais, transformados em direitos fundamentais a partir do constitucionalismo dito social ou liberal-social da segunda metade do século XX.⁶⁸

O ambiente político-econômico era bastante peculiar dado que a nação acabava de sair de um regime ditatorial militar, havia recém promulgado uma Constituição repleta de promessas de direitos e garantias sociais ao mesmo tempo em que atravessava uma transição econômica difícil que limitava os investimentos nas áreas sociais.

A reserva do possível surge, no Brasil, num momento de grande dificuldade de implementação das políticas assecuratórias dos direitos fundamentais sociais dado que o Estado carregava uma pesada carga de dívidas externas cujo pagamento foi priorizado pelo Poder Público em detrimento da concretização de melhorias sociais. Ela passa, portanto, a ser entendida mais como uma *isenção de responsabilidade* do que aquilo o que o cidadão pode razoavelmente esperar do Estado.⁶⁹

A prioridade do Poder Público neste momento não era a de atender os interesses latentes de uma sociedade que necessitava com urgência que seus direitos

⁶⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à reserva do possível*. Curitiba, 2006, 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 235.

⁶⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Op. Cit. p.155.

⁶⁹ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A Reserva Do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira...* Op. Cit. p. 14.

fundamentais fossem respeitados, mas atender aos interesses de organismos internacionais, em especial ao Fundo Monetário Internacional, no pagamento de suas dívidas externas. Neste contexto, fica clara a distinção de seu fundamento em seu conceito original e sua recepção no ordenamento jurídico nacional.

Na jurisprudência alemã em que ela representa um limite às pretensões dos titulares de direitos fundamentais na medida em que não é possível exigir do Estado aquilo o que ele já prestou dentro de sua capacidade. Foi justamente este o foco de análise da decisão estudada acima ao abordar o esforço do Poder Público em gradualmente oferecer melhores condições ao ensino superior público.

No Brasil, entretanto, não é o que se verifica nos julgados em que se trata a questão da reserva do possível quando de sua internalização. Aqui muitas vezes não se observa um esforço do Estado no sentido de buscar fazer tudo ao seu alcance para efetivar os mandamentos constitucionais. Ao invés disso, ele cria mecanismos para fraudar as exigências dos direitos fundamentais prestacionais.

Mesmo que o desenvolvimento econômico brasileiro não se compare com o alemão, isso não justifica a inércia do Poder Público brasileiro em empreender esforços para concretizar os mandamentos constitucionais⁷⁰. Consoante entendimento de Andreas J. Krell:

Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito da “redistribuição” (Umverteilung) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente.

...

Assim, a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.⁷¹

⁷⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à reserva do possível*. Op. Cit. p. 238.

⁷¹ KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”, in: OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais...* Op. Cit. p. 238.

Duas ementas de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no ano de 2004 representam bem a equiparação da reserva do possível a uma reserva de disponibilidade de recursos.⁷²

Constitucional e Processual Civil – Direito à vida – Fornecimento de Medicamentos – Portador de Hepatite C, Genótipo 3 – Possibilidade – Exclusão do medicamento cuja eficácia é controvertida – 1. **O direito à vida (CF/88, art. 196), que é de todos e dever do Estado, exige prestações positivas, e, portanto, se situa dentro da reserva do possível, ou seja, das disponibilidades orçamentárias.** A existência de dúvidas quanto à eficácia do medicamento Interferon Peguilado nos portadores de hepatite C, genótipo 3, afasta a verossimilhança do direito alegado. 3. Agravo de instrumento parcialmente provido.⁷³ (grifo nosso)

Agravo de instrumento – Constitucional, Administrativo e Processual Civil – Saúde Pública – Medicamentos Excepcionais – Ação Ordinária c/c Tutela Antecipada – Deferimento na Origem – Cominação de bloqueio de valores – Posicionamento ressalvado – Impossibilidade – efeito suspensivo atribuído, em parte. 1. Nas ações de fornecimento de medicamento, ante a **necessidade de se congregar o princípio de resguardo à saúde com o princípio da reserva do possível (necessidade de previsão orçamentária do ente público)**, devem os demandantes comprovar a necessidade do medicamento como única solução para tratamento da moléstia acometida, bem como, nos casos de não manifesta urgência, da negativa do Estado em fornecer o remédio pleiteado, seja porque em falta no estoque de medicamentos, seja por não constar da lista oficial do Ministério da Saúde. (...) ⁷⁴ (grifo nosso)

Essa noção de equiparação da reserva do possível à ideia de indisponibilidade de recursos, seja em sentido fático ou jurídico, expressada nas decisões referenciadas, acaba levando, segundo o entendimento exposto acima, à anulação de sua eficácia dado que o vigor da economia nacional, principalmente no contexto em que o conceito foi recepcionado, compara-se a países de terceiro mundo.

É importante lembrar que no Brasil, diferente do que acontece na Alemanha - onde os direitos fundamentais de cunho prestacional decorrem do princípio do Estado Social e não se encontram expressamente positivados no texto constitucional – os direitos sociais estão expressamente previstos como fundamentais. Isto deveria, ao menos em tese, denotar uma obrigação de ainda maior relevância para o gestor

⁷² Ambas as decisões foram referenciadas por OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à reserva do possível*. Op. Cit. p. 236.

⁷³ BRASIL. TJRS, Agravo de Instrumento nº 70009692245 – 4ª Câmara Cível – Relator Dês. Araken de Assis – julgado em 27/10/2004.

⁷⁴ BRASIL. TJRS – Agravo de Instrumento 70008740433 – 4ª Câmara Cível – Relator Dês. Wellington Pacheco Barros – julgado em 08/09/2004.

público brasileiro o qual deveria empreender todos os esforços ao seu alcance para efetivar a concretização de direitos sociais inclusive em sua dimensão prestacional.

Neste sentido, é de se refletir acerca das escolhas na alocação de recursos públicos para setores de menor relevância - como para o pagamento da dívida pública, construção de estádios de alto padrão para sediar megaeventos internacionais, etc. - em detrimento da plena efetivação de políticas sociais mais diretamente relacionadas com os direitos fundamentais.

É preciso, portanto, conforme orienta Ana Carolina Lopes Olsen, evitar que a teoria da reserva do possível se constitua numa caixa de surpresas que os Poderes Públicos possam utilizar como indulto ao não cumprimento de direitos fundamentais prestacionais, como era feito quando o conceito foi internalizado ao ordenamento jurídico pátrio.^{75 76}

2.3. Conceito de reserva do possível

Apresentado, mesmo que sumariamente, o contexto do surgimento da reserva do possível na jurisprudência alemã e a sua recepção pelo ordenamento jurídico nacional é possível partir para a análise de seu conceito, o qual envolve uma gama complexa de conteúdo, apesar de certa corrente doutrinária e alguma linha jurisprudencial defender a quase auto evidência de que goza a construção.

Em primeiro lugar, há uma certa indeterminação na doutrina e na jurisprudência na maneira como se referir à reserva do possível. Alguns a tratam como

⁷⁵ OLSEN, A. C. L. *A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais...* Op. Cit. p. 239.

⁷⁶ No mesmo sentido escreve a professora Barcellos: “Na ausência de um estudo mais aprofundado, a *reserva do possível* funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas”. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Op. Cit. p. 279.

princípio,⁷⁷ outros autores a tratam como cláusula ou postulado⁷⁸ e há ainda quem a trate como condição da realidade como defende Ana Carolina Lopes Olsen.⁷⁹

Segundo a autora, tratar a reserva do possível como um princípio não encontra conformidade com a natureza deste instituto já que, além de não prescrever um determinado estado de coisas a ser atingido, não corresponde a um mandado de otimização.

Do mesmo modo não é possível defender que se trate de um postulado ou uma cláusula pelo motivo de estas denominações implicarem uma impossibilidade de se sujeitar à ponderação. Isso fica claro quando se analisa o postulado da proporcionalidade, o qual não pode ser ele mesmo objeto de ponderação já que se trata de uma meta-norma.

Concluindo seu raciocínio, Olsen observa que “diante deste quadro parece mais adequado tratar exclusivamente de ‘reserva do possível’, como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais”.⁸⁰ A reserva do possível, como bem averba a autora, há de ser compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade a exigir o mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica. Este conceito, portanto, corresponde a um dado de realidade encontrado no mundo dos fatos que acaba por influenciar a aplicação do Direito.

Seguindo este juízo, Sérgio Moro interpreta a reserva do possível como uma particularidade da “reserva de consistência”⁸¹ na medida em que determina que, sem os meios materiais, o juiz não consegue desenvolver ou efetivar direitos e mesmo que estes meios existam, o juiz deve se atentar para a escassez de recursos

⁷⁷ Como é o caso de José Felipe Ledur que escreve: “A ampliação e a qualidade dos direitos sociais de caráter prestacional é confrontada também no direito brasileiro, com a denominada cláusula da ‘reserva do possível’. Há decisões que invocam este princípio”. LEDUR, José Felipe. *O contributo dos direitos fundamentais de participação para a efetividade dos direitos sociais*. Tese (Doutorado). Curitiba/PR. Universidade Federal do Paraná, 2002. p. 98.

⁷⁸ Conforme se depreende da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 45 MC/DF a qual será analisada em profundidade em capítulo subsequente. Em sua ementa se encontra a seguinte colocação: “[...] Considerações em torno da cláusula da reserva do possível [...]”.

⁷⁹ OLSEN, A. C. L. *Op. Cit.* p. 200.

⁸⁰ OLSEN, A. C. L. *Idem.* p. 200.

⁸¹ Moro define a reserva de consistência da seguinte maneira: “O limite da reserva de consistência impedirá o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandam a elaboração de políticas públicas de certa complexidade. [...] Todavia, a expressão de impedimento dependerá da prática judiciária. A criatividade desta poderá contribuir para o alargamento do controle judicial na medida em que forem encontrados, caminhos para a elaboração de políticas públicas, mesmo complexas, através do Judiciário”. MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*, in: OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Idem.* p. 203.

orçamentários já que viabilizar uma prestação pode importar no comprometimento de outra, ferindo o princípio democrático por adentrar em competência que não caberia ao judiciário.⁸² Todos estes aspectos serão melhor analisados no subsequente capítulo 2.4, momento no qual se aprofundará a análise da relação dos princípios da separação dos poderes e da indisponibilidade orçamentária.

A respeito de seu conteúdo intrínseco, Ingo Sarlet dissecou o conceito de reserva do possível a partir de uma dimensão tríplice a qual abrange:

- a) a efetiva **disponibilidade fática** dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b) a **disponibilidade jurídica** dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo;
- c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da **proporcionalidade** da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.⁸³ (grifo nosso).

Todos estes aspectos referidos por Sarlet, como bem expressa o autor, estão diretamente relacionados entre si e com outros princípios constitucionais na medida em que devem fazer parte de um equacionamento geral imbuído do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais e possam servir não como barreira insuperável, mas como também uma ferramenta que sirva a garantir a efetividade de direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais de cunho prestacional.

No mesmo sentido da tripartição do conceito de reserva do possível, manifesta-se Sgarbossa ao reconhecer que esta, pelo menos a partir de sua expansão hermenêutica, passou-se a compreender ou como *limitação fática* aos direitos fundamentais, ou como *limitação jurídica*, ou, ainda, como limitação aos direitos sociais com base na ausência de razoabilidade e proporcionalidade da pretensão. Por muitas vezes, é também entendida como todos estes aspectos em conjunto ou como alguns deles combinadamente.⁸⁴

⁸² OLSEN, A. C. L. *Op. Cit.* p. 203.

⁸³ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais...* *Op. Cit.* p. 288.

⁸⁴ SGARBOSSA, L. F. *Op. Cit.* p. 216-217.

Os três aspectos do conceito de reserva do possível, reconhecidos na doutrina, envolvem, portanto: a) a *limitação fática* baseada na escassez real ou econômica; b) a *limitação jurídica* baseada na escassez ficta ou legal e c) a limitação com base na *ausência de razoabilidade ou proporcionalidade* da pretensão.

Antes de adentrar na análise específica de cada um destes aspectos, é interessante trazer a construção teórica de Sgarbossa quando analisa o debate entre as teorias externa (*Aussentheorie*) e interna (*Innentheorie*) na contenção a direitos fundamentais e relaciona diretamente à diferenciação da reserva do possível como limitação fática ou como limitação jurídica.

A teoria externa pode ser definida da seguinte forma, segundo definição de Paulo Gilberto Cogo Leivas: “*Chama-se teoria externa aquela que promove a distinção entre o direito prima facie, de um lado, e o direito definitivo ou efetivo âmbito de proteção, de outro. Este direito definitivo é realizável judicialmente*”.⁸⁵

Portanto, segundo esta descrição, para a teoria externa não é possível vislumbrar uma delimitação apriorística dos direitos fundamentais. A limitação destes direitos provém de elementos externos ao seu conteúdo intrínseco, por isso a denominação desta corrente de teoria externa.

A colisão entre o conteúdo de um direito fundamental *prima facie* com outros elementos conflitantes, que podem ser outros princípios constitucionais ou até mesmo a própria questão da reserva do possível, será analisada à luz da técnica da ponderação e a aplicação do princípio implícito da proporcionalidade. O resultado deste processo hermenêutico dará feições ao direito fundamental em definitivo, o qual será passível de ser pleiteado em juízo.

Do outro lado, os adeptos da teoria interna, também conhecida como teoria dos limites imanentes, consideram que os direitos fundamentais não podem ser restringidos por elementos externos dado que os seus limites já são traçados de antemão e podem ser reconhecidos pela análise de seu conteúdo específico.⁸⁶

Sendo assim, a cisão entre o conteúdo de um direito fundamental *prima facie* e o seu respectivo direito fundamental definitivo é ilusória. A própria definição do conteúdo do direito deverá conter os seus limites, sendo impossível que elementos externos ao seu conceito estabeleçam uma barreira ao seu conteúdo normativo.

⁸⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008. p. 63.

⁸⁶ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos...* Op. Cit. p. 262.

Consequentemente, sem a existência de duas categorias contrapostas, não será necessário recorrer à técnica da ponderação para a identificação do conteúdo do direito fundamental que poderá ser pleiteado em juízo.

O professor Sgarbossa apresenta uma hipótese muito interessante ao buscar uma conjugação viável específica para a análise do conceito de reserva do possível. Através desta hipótese, o referido doutrinador propõe a ideia de coexistência de limites, conceito relacionado à teoria interna, e restrições, ideia ligada à teoria externa, de direitos fundamentais.⁸⁷

De um lado é inegável a possibilidade de direitos fundamentais virem a sofrer restrições, tanto é assim que o próprio texto da Constituição o prevê em situações excepcionais como na hipótese da decretação do estado de exceção. Por outro lado, reconhece-se que os direitos fundamentais não são ilimitados de forma que seu conteúdo normativo nunca alcançará posições jurídicas extremas, desproporcionais ou desarrazoadas.

Dessa maneira, é possível chegar à conclusão de que limites e restrições não se confundem e, mais do que isso, não são necessariamente excludentes entre si. Para se confirmar esta ideia basta analisar ambos os conceitos. O verbete *limite* designa uma “linha de demarcação”, um “ponto que não se deve ou não se pode ultrapassar”. Enquanto que a definição de *restrição* se refere a condicionamento, estreitar, reduzir, conter dentro de certos limites.

Esta diferenciação é de fundamental importância para o entendimento da distinção entre a reserva do possível baseada na escassez real ou econômica e a reserva do possível com base na escassez ficta ou jurídica. Ao se referir à reserva do possível como escassez real, de natureza econômica, depara-se com um *limite* ao direito fundamental, ou seja, trata-se de uma demarcação intrínseca ao próprio conteúdo do direito. Por sua vez, referindo-se à reserva do possível como escassez ficta, de natureza jurídica, está-se diante de uma *restrição* a direitos fundamentais resultante da colisão de um ou mais princípios constitucionais em face de condições da realidade.

Sgarbossa ainda apresenta uma exemplificação esclarecedora para melhor elucidar esta distinção. Ele toma o exemplo dos direitos fundamentais à preservação da vida e da saúde. A análise de seus conteúdos não permite concluir que em seu

⁸⁷ SGARBOSSA, Luís Fernando. Idem. p. 264.

âmbito de proteção estejam albergadas pretensões de haver bens cuja escassez seja real, como órgãos e tecidos humanos para transplante. Trata-se de um limite que impossibilita que mesmo em tese se reconheça a existência de tal direito subjetivo já que a própria realidade apresenta a inexistência de órgãos suficientes para todos os pacientes que necessitam de transplantes.⁸⁸

As restrições, por sua vez, constituem intervenções ulteriores sobre o âmbito de proteção da norma instituidora. Reconhece-se uma restrição depois de se reconhecer o âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras desses direitos já que a restrição se constitui como um elemento estranho e externo ao âmbito de proteção do direito *prima facie*. O exemplo mais recorrente é o da restrição orçamentária para a efetivação de direitos sociais que implicará no conflito entre a efetividade de direitos fundamentais de um lado e a necessidade de previsão orçamentária de outro.⁸⁹

A partir desta analogia fica mais claro que a diferenciação entre limitação fática e jurídica decorre da diferenciação da escassez real ou econômica, que impõe um limite inerente à efetivação do direito fundamental, e a escassez ficta ou legal, a qual restringe a efetividade de direitos fundamentais por sujeitá-la à ponderação com o princípio da reserva orçamentária.

Para entender melhor o conceito de escassez é relevante a compreensão das lições de Jon Elster. Segundo o autor, a escassez pode ser definida, genericamente, como a situação em que não há determinado bem em quantidade suficiente para satisfazer a todos. Ela se divide, em maior ou menor grau, em escassez natural, quase natural ou artificial.⁹⁰

A escassez natural se identifica em situações em que não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta ou aumentá-la a ponto de atender a necessidade de todos, o exemplo dado pelo autor é o de disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante.

⁸⁸ SGARBOSSA, Luís Fernando. Idem. p. 269.

⁸⁹ Conforme leciona Barcellos, “o fenômeno da reserva do possível jurídica não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, mas sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular”. BARCELLOS, A. P. de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Op. Cit. p. 278.

⁹⁰ ELSTER, Jon. *Local Justice*, apud AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 134.

Por sua vez, a escassez quase natural surge quando há possibilidade de aumento de oferta, talvez a ponto da satisfação, mas somente por condutas não coativas dos cidadãos, como é o caso da oferta de crianças para adoção ou disponibilidade de material genético para inseminação artificial.

Por fim, a escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos a ponto de satisfação, como o pode, por exemplo, na oferta de vagas em jardim de infância.

Observa-se, portanto, que há diferentes graduações de escassez que importam numa relevante forma de avaliação da argumentação de isenção de responsabilidades constitucionalmente impostas ao Estado.⁹¹ De um lado, a escassez real abarca a escassez natural ou quase natural em que o Estado não tem condições de alterar fronteiras impostas pela realidade de modo a ofertar certos bens pleiteados judicialmente.

Do outro lado, a escassez jurídica decorre da indisponibilidade jurídica, ou seja, da limitação imposta por norma jurídica que determina a alocação dos recursos em detrimento de outras ou que proíba a disposição acima de certos limites. A indisponibilidade jurídica, portanto, está relacionada com a escassez artificial, ou seja, aquela em que o Estado tem condições de aumentar a oferta a ponto de garantir a plena satisfação só que, no entanto, define prioridade de alocação de recursos em outras áreas que acabam por relegar certas demandas a segundo plano.

Por fim, o terceiro aspecto se refere à limitação com base na ausência de razoabilidade ou proporcionalidade da pretensão e se refere ao limite imposto pela razoabilidade como aquilo o que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade. Esta ideia já foi analisada no capítulo 2.1, oportunidade em que foi estudado o teor da reserva do possível em seu berço na jurisprudência tedesca. Aqui importa lembrar que a questão da escassez de recursos vem à tona apenas secundariamente, especificamente no momento de consideração que um desequilíbrio de alocação de verbas públicas poderia implicar numa lesão ao princípio do Estado Social o qual é garantido pela Lei maior alemã.

No ordenamento jurídico brasileiro, é possível encontrar esse aspecto na ponderação entre o pleito judicial de direito social, em especial a saúde, e outros

⁹¹ SGARBOSSA, L. F. *Crítica à teoria dos custos dos direitos...* Op. Cit. p. 218.

princípios constitucionais como o princípio da proteção igualitária de direitos fundamentais.

Consoante entendimento de Fernando Facury Scaff, a concessão a uma única pessoa da fruição plena do direito à saúde a partir de uma decisão judicial impõe ao Estado o dispêndio desequilibrado de recursos públicos que irão repercutir negativamente no fornecimento de serviços essenciais para o restante da sociedade. Trata-se, segundo o autor, de uma confusão do sentido do que é um direito social, o qual deve corresponder à proteção de seu valor pelo conjunto dos cidadãos que dele necessitem. Ele ainda completa dizendo que “o exercício de um direito *social* que gera benefícios apenas a *um indivíduo* ou a *um pequeno grupo* certamente não foi aplicado de forma adequada”.⁹² Trata-se de um raciocínio que parte de uma razoável ideia de possível contraposição entre implementação individual e coletiva de direitos sociais, no entanto, leva a um extremo perigoso e altamente prejudicial à tutela de direitos fundamentais em que se aceita negação apriorística da tutela individual em juízo.

Fica claro a partir deste raciocínio como a abertura hermenêutica da questão da razoabilidade e proporcionalidade, além das questões analisadas quando em discussão a escassez fática e jurídica, propiciam uma porta de entrada para a discussão de outras teorias restritivas à implementação de direitos fundamentais sociais.

2.4 Teorias restritivas que orbitam o conceito de reserva do possível

No tópico anterior, ao analisar o conteúdo central da reserva do possível, vislumbrou-se algumas ideias que circundam o seu eixo central. Por exemplo, ao se referir à limitação jurídica foi necessário se fazer referência à indisponibilidade orçamentária. Do mesmo modo, ao se debruçar sobre a reserva do possível como critério definidor de razoabilidade ou proporcionalidade da pretensão, foi visto como a ponderação com outros princípios e direitos constitucionais pode abrir espaço para a inserção de algumas teorias restritivas de direitos fundamentais na discussão da implementação de sua potencialidade limitadora.

⁹² SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Op. Cit. p.137.

O objetivo deste tópico, portanto, é o de explorar as ideias que recorrentemente são suscitadas em conjunto com o argumento da reserva do possível. Mais especificamente serão brevemente estudados a correlação do princípio da divisão dos poderes e da indisponibilidade orçamentária com a reserva do possível.

2.4.1 Princípio da separação dos poderes

Para entender o primeiro aspecto é preciso vislumbrar que o nascimento da democracia e constitucionalismo modernos no ocidente ocorre concomitantemente com a valorização da ideia de divisão de poderes e funções estatais nos moldes teorizados por Montesquieu, especialmente em sua obra *l'Esprit des Lois*.⁹³

Em sua formulação original, no entanto, não havia um maior cuidado em tratar a respeito da intercorrelação entre os poderes de modo que se desenvolveu uma separação estrita entre eles. Essa rígida separação acaba resultando, na prática, em um poder judiciário enfraquecido e, por outro lado, os poderes legislativo e executivo debilmente controlados.

Hodiernamente, no Brasil ainda é possível detectar uma adoção exacerbada da ideia de separação dos poderes. Conforme exemplificação de Sgarbossa, o dogma da separação dos poderes induziu à acanhada recepção do postulado da razoabilidade no ordenamento jurídico pátrio. Na mesma toada se destaca a interpretação inicial não concretista do Mandado de Injunção pela Suprema Corte, a qual até recentemente conferia ao instituto uma função exortativa, reduzindo-a a uma notificação judicial.⁹⁴

No entanto, conforme estabelece a Constituição pátria,⁹⁵ a divisão dos poderes estipula não só a independência dos mesmos, mas, também, a harmonia entre si, algo que exige uma tênue, porém primordial interdependência entre as três esferas do poder. Diversos autores tratam da questão a partir de um sistema de controle recíproco de interdependência baseado em esquemas de responsabilidade e de controle entre os poderes baseado na doutrina do *checks and balances*.

⁹³ Há versão em língua portuguesa editada no Brasil pela editora Martins Fontes. MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁹⁴ SGARBOSSA, L. F. *Crítica à teoria dos custos dos direitos...* Op. Cit. p. 226.

⁹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 2º: "São Poderes da União, independentes e *harmônicos* entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Mauro Cappelletti, a respeito desta teoria, explica que “apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo forte com um executivo forte e um judiciário forte”.⁹⁶ O segredo do inegável sucesso do sistema democrático norte americano pode ser encontrado justamente neste equilíbrio sustentado por um sistema de controle recíproco entre os poderes. País no qual a sua Constituição teve a grande maioria de seus direitos fundamentais definidos por sua Suprema Corte, tendo sempre em vista a fortificação de suas instituições democráticas de forma a garantir a proteção, também, de suas minorias.

Consoante explanação de Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, é possível encontrar exemplos históricos de como a existência de um legislativo totalmente não controlado e de um executivo debilmente controlado resultou em períodos de imensos abusos como ocorreu na Itália pré-fascista e na Alemanha de Weimar, governo que precedeu o regime nazista.⁹⁷

Através de uma interessante analogia, Paulo Fernando Silveira entende a democracia como uma fragmentação do poder político assim como um tapete multicolorido, o autor desenha a analogia da seguinte forma:

A democracia pressupõe a fragmentação do poder político. É como um tapete colorido, com diversos desenhos formando, harmoniosamente, um quadro. Se for da mesma cor (a prevalecer unicamente a vontade do ditador), o tapete não ressalta essas diversas nuances. É monótono. Desdenha da criatividade. Impede a contribuição participativa. Gera a letargia, a indolência e a dependência.⁹⁸

Nada obstante a busca por esta harmonia, alguns autores se valem do apreço ao princípio da separação dos poderes para restringir a possibilidade de intervenção judicial em solucionar certos conflitos, como é o caso da tutela de direitos fundamentais em sua dimensão prestacional, em especial os direitos sociais. Fernando Facury Scaff, por exemplo, argumenta que “o papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, não é o de transformar ‘discricionariedade

⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. “*Juizes Legisladores?*”, *apud* SGARBOSSA, L.F. *Idem*. p. 225.

⁹⁷ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. Cit.* p. 187.

⁹⁸ SILVEIRA, Paulo Fernando. *O Poder Judiciário e os direitos individuais: (Duas poderosas forças antimajoritárias)*. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. v. 19, n. 4, p. 43, abr. 2007.

legislativa' em 'discrecionariade judicial, mas o de dirimir conflitos nos termos da lei".⁹⁹

José Reinaldo de Lima Lopes identifica nesta estimação pela estrita separação dos poderes um saudosismo ao constitucionalismo liberal tradicional. Nesta, o arbítrio a respeito da definição de prioridades na implementação de direitos fundamentais tem caráter político e não jurídico. Trata-se de decisões de conveniência, não de princípio, mas de oportunidade. Por isso é que deveriam ficar a cargo dos poderes que prestam contas às maiorias, ou seja, o executivo e o legislativo.¹⁰⁰

Este atrito entre o poder judiciário e os poderes legislativo e executivo surge a partir de um aspecto fundamental explicitado no início deste trabalho que é a necessidade de se destinar recursos públicos para a efetivação de direitos fundamentais (todo e qualquer direito como já vimos).

A priori, cabe ao poder legislativo arbitrar sobre a alocação desses recursos para a efetivação de direitos fundamentais, é a isto o que Scaff se refere quando fala sobre discrecionariade legislativa. O exercício desta alocação ocorre precipuamente através dos planos orçamentários (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual), normas jurídicas de iniciativa legislativa do Poder Executivo.¹⁰¹

Ricardo Lobo Torres, a respeito do orçamento público, explica que o Estado orçamentário se baseia no planejamento para a fixação da receita tributária, a autorização de despesas, a entrega de prestações de saúde, educação, seguridade, transportes, promoção do desenvolvimento público e equilíbrio da economia.¹⁰² Assim sendo, a escolha de alocação de recursos, a qual envolve a destinação de verbas públicas para a efetivação de direitos fundamentais sociais, acaba por aglomerar diversos aspectos que irão nortear a gestão das verbas públicas e consequentemente a execução de políticas públicas pelo Estado.

⁹⁹ SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível...* Op. Cit. p. 153.

¹⁰⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da "reserva do possível..."* Op. Cit. p. 163.

¹⁰¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 165: Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais.

¹⁰² TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 17 ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 172.

A despeito de se reconhecer a existência de uma discricionariedade legislativa como apontou Scaff, o constitucionalismo contemporâneo, inclusive no Brasil, já consolidou alguns axiomas teóricos que estabelecem limites e diretrizes a esta livre escolha. Na prática, estes axiomas resultam numa abertura à atuação jurisdicional no controle acerca dos dispêndios públicos.

Ana Paula de Barcellos enumera três deles. O primeiro se refere à normatividade das disposições constitucionais, tenham elas natureza de regra ou de princípios, o que significa que impõem a produção de efeitos no mundo dos fatos. Em segundo lugar, os direitos fundamentais possuem status diferenciado no âmbito do sistema constitucional, como foi exposto na parte introdutória a este trabalho, o que significa que eles devem estar no centro de toda atuação do Estado, seja em qualquer das três esferas do poder. Por fim, como decorrência direta do Estado de Direito, os poderes públicos estão submetidos à Constituição, por força da qual o exercício do poder político encontra limites em normas jurídicas.¹⁰³

2.4.2 Indisponibilidade orçamentária

Como ficou latente acima, a questão da separação dos poderes, acaba por desembocar no segundo aspecto limitador que recorrentemente orbita a argumentação da reserva do possível que é a indisponibilidade orçamentária. É possível observar este elemento em diversas decisões judiciais como se exemplificará a partir da descrição de três ementas que trazem a questão da reserva do possível:

CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA E REEXAME NECESSÁRIO. MATRÍCULA DE CRIANÇA EM CRECHE. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELA CARTA MAGNA (CF, ARTS. 6º E 208, IV). OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). **AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE ORÇAMENTO. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. NECESSIDADE DE PROVA ABSOLUTA DA FALTA DE RECURSOS PARA NÃO REALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO, ENCARTADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI MUNICIPAL N. 5.542/2010. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL NÃO VERIFICADO. INAPLICABILIDADE DA CITADA NORMA. EXEGESE**

¹⁰³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Op. Cit. p.104-105.

DO ART. 481, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF.¹⁰⁴ (Grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PACIENTE ACOMETIDA DE CÂNCER DE MAMA. PLEITO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO TRASTUZUMAB (HERCEPTIN) 620MG. **AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA.** FATO QUE NÃO JUSTIFICA A RECUSA AO FORNECIMENTO DO FÁRMACO POSTULADO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO **PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.** DEVER DO ESTADO EM FORNECER A MEDICAÇÃO PRETENDIDA. MEDICAMENTO QUE NÃO POSSUI EFICÁCIA COMPROVADA E QUE FOI PRESCRITO POR MÉDICO PARTICULAR. IRRELEVÂNCIA. DIREITO DA INTERESSADA DEVIDAMENTE COMPROVADO. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE E À VIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM GRAU DE REEXAME NECESSÁRIO.¹⁰⁵ (Grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL. SAÚDE PÚBLICA. EFEITO TÓXICO DO TABACO E DA NICOTINA (CID T65.2). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO - ART. 196, CF. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. **ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS.** DESCABIMENTO. **PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.** INAPLICABILIDADE.¹⁰⁶ (Grifo nosso)

A partir da redação das supracitadas ementas é possível observar a aproximação da questão da indisponibilidade orçamentária com a análise da argumentação da reserva do possível. Apesar de todas as decisões não terem aceitado a aplicação do postulado da reserva do possível, fica claro como as partes que a suscitaram trazem ambas as teorias restritivas em sua defesa.

É importante fazer referência ao capítulo 2.3 em que foi explicitada a diferença entre a escassez real e a escassez ficta. Quando se trata da indisponibilidade orçamentária se está fazendo referência à escassez ficta, ou seja, um elemento externo ao reconhecimento jurídico do direito *prima facie* é que impõe uma limitação à sua efetivação. Este elemento externo é o respeito ao sistema orçamentário público, aspecto previamente tratado e vinculado à organização das verbas públicas através de um sistema de planejamento orçamentário.

Consoante colocação de Ana Lúcia Pretto Pereira, o funcionamento do Estado brasileiro é pautado sobre um sistema orçamentário construído constitucionalmente

¹⁰⁴ BRASIL. TJSC, Mandado de Segurança nº 20120613828/SC – 3ª Câmara de Direito Público – Relator Dês. Carlos Adilson Silva – julgado em 19/08/2013.

¹⁰⁵ BRASIL. TJPR, Apelação Cível e Reexame Necessário nº 11551178 PR 1155117-8 (Acórdão) – 5ª Câmara Cível – Relator Dês. Luiz Mateus de Lima – publicado em 13/03/2014.

¹⁰⁶ BRASIL. TJRS, Apelação Cível nº 70052411246 RS – 21ª Câmara Cível – Relator Dês. Francisco José Moesch – julgado em 20/03/2013.

através do qual são adotados critérios de natureza arrecadatória e distributiva de recursos. O controle sobre esta atividade está norteado pelo fim último do alcance dos objetivos delineados para o alcance do desenvolvimento nacional.¹⁰⁷

Impende ressaltar que na própria Constituição Federal, no entanto, há a previsão de algumas diretrizes de despesas e investimentos pertinentes à garantia de direitos fundamentais que vinculam a discricionariedade legislativa. Dentre elas colacionamos algumas a título de exemplificação:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito e Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante dos impostos, compreendida e proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

...

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro desemprego, serão destinados ao setor da saúde.

...

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;¹⁰⁸

Fica explícito, portanto, que a discricionariedade legislativa não é absoluta, mas é relativamente conformada por certos preceitos constitucionais como os acima levantados. Neste sentido de estabelecer diretrizes de despesas e investimentos a Emenda Constitucional nº 14/1996 é didática.

Esta emenda cuidou de: i) admitir a intervenção federal nos estados, quando por estes não for aplicado o mínimo exigido das receitas dos impostos estaduais destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 34, VII, e); ii) determinar que é dever do Estado tanto o ensino fundamental obrigatório e gratuito, sendo assegurada sua oferta a todos que a ele não tiverem acesso na idade própria, quanto a progressiva universalização do ensino médio gratuito (art. 208, I e II); iii) estabelecer

¹⁰⁷ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A Reserva Do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Op Cit. p. 44-45.

¹⁰⁸ Cabe apontar que o Estado do Paraná, na vigência do orçamento do ano de 2013, não cumpriu com o mínimo constitucional de investimentos em saúde tendo destinado somente 11,2% da arrecadação de impostos para esta área. Dado extraído do documento "Contas do Governador 2013" elaborado pelo TCE/PR, mais especificamente pelo conselheiro Ivan Lelis Bonilha. Este documento pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico: <<http://www3.tce.pr.gov.br/contasdogoverno/2013/>> acessado no dia 11/09/2014.

a quais fases da educação cada ente federativo dará prioridade, cabendo à União financiar o ensino federal e exercer função redistributiva de recursos e supletiva em relação aos demais entes federativos, quando necessário (art. 211, § 1.º); aos Municípios atuar prioritariamente na educação fundamental e infantil (art. 211, § 2.º); e aos Estados e Distrito Federal atuar prioritariamente na educação fundamental e ensino médio (art. 211, § 3.º); iv) fixar a fonte adicional básica de financiamento da educação pública básica, proveniente da contribuição do salário-educação (art. 212, § 5.º); e v) determinar que, nos dez primeiros anos de vigência da emenda, no mínimo sessenta por cento dos recursos delimitados na forma do art. 212, e destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino, sejam aplicados na universalização do seu atendimento e na remuneração condigna do magistério (art. 60 do ADCT), dentre outras questões condizentes à distribuição e à aplicação destes recursos (parágrafos 1.º a 7.º do mesmo artigo).

Todos estes dispositivos supramencionados em conjunto com os três axiomas teóricos citados por Barcellos, os quais estabelecem limites à discricionariedade legislativa como já referido, legitimam e abrem espaço para a intervenção judicial na esfera deliberativa da política nacional.

No entanto, é de se dar relevância às críticas do intervencionismo judicial em políticas públicas quando se observa na prática uma série de decisões que, ao intervir na esfera orçamentária, não se atentam ao espectro maior de se garantir uma harmonia entre os poderes, exagerando em sua ingerência e aplicando um remédio que acaba sendo tão invasivo que resulta em profundo prejuízo ao ordenamento constitucional e democrático nacionais.

Isso chegou ao ponto de, consoante palavras de Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt e Luis Otavio Barroso da Graça, “o Judiciário, por meio de sentenças, interferir no orçamento em proporção que se aproxima das alterações introduzidas pelo Congresso quando de sua elaboração”.¹⁰⁹

Isto fica explícito quando se observa os seguintes exemplos. Segundo dados contidos no relatório e parecer prévio do caderno de saúde das contas do governador, elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, a Secretaria de Estado da

¹⁰⁹ BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; da GRAÇA, Luis Otavio Barroso. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Op. Cit. p. 203.

Saúde destinou a verba de R\$ 61.612.059,20 para gastos com medicamentos. Deste total, as despesas com demandas judiciais alcançaram o montante de R\$ 35.718.740,24, ou seja, quase 60% dos gastos com medicamentos pelo setor público no Estado do Paraná foram alocados por via jurisdicional. A distribuição dos gastos pode ser observada na seguinte tabela.¹¹⁰

PROGRAMAS	VALOR
AIDS/Doenças Oportunistas	1.548.071,53
Demanda Judicial	35.718.740,24
Diabetes (Análogos de Insulina)	12.254.438,17
Especiais (1)	544.111,10
Fibrose Cística	1.721.683,50
Hospitais Próprios	7.773.808,61
Paraná Sem Dor	1.174.976,92
Saúde Bucal	59.642,97
Saúde da Mulher (2)	816.586,16
TOTAIS	61.612.059,20

Outro didático exemplo está contido na pesquisa de Delvechio de Souza Pereira quem analisou o impacto da intromissão das ações judiciais na política pública do desenvolvimento da saúde. Segundo dados coletados pelo autor, o número de ações, a nível federal, saltou de 387, em 2005, para 2.979 em 2007, um incremento na ordem de 700%. Isso importou num descomunal incremento no impacto orçamentário que era de R\$ 2,5 milhões em 2005 e saltou para o montante de R\$ 83,2 milhões em 2009.¹¹¹ Os dados podem ser melhor analisados a partir da seguinte tabela:

¹¹⁰ Este relatório pode ser encontrado em formato digital no seguinte endereço eletrônico: <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2013/5/pdf/00244884.pdf>> acessado em 11/09/2014.

¹¹¹ PEREIRA, Delvechio de Souza. *O Orçamento Público e o Processo de Judicialização da Saúde*. Dissertação (Especialização em Orçamento Público) – Instituto Serzedello Corrêa– ISC/TCU, Brasília/DF. 2010. p. 24.

Gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais para aquisição de medicamentos

Ano	Gasto (em R\$ milhões)	Nº de ações
2009	83,2	1.780
2008	47,6	2.006
2007	15,0	2.979
2006	7,0	2.625
2005	2,5	387

Fonte: Ministério da Saúde

As causas desta desproporção são diversas e envolvem uma análise em maior detalhamento como será realizado na terceira parte deste trabalho, momento em que se dará maior enfoque às decisões judiciais e será possível vislumbrar quais aspectos destas acaba resultando na ingerência orçamentária pelo Poder Judiciário.

2.5 A interação entre o mínimo existencial e a reserva do possível

Outro elemento que recorrentemente é suscitado quando analisado os diversos aspectos da reserva do possível é o conceito de mínimo existencial. Não se trata exatamente de um conceito restritivo como os acima analisados, mas uma definição que estabelece um critério para a efetivação de direitos fundamentais em sua dimensão prestacional.

Antes de adentrar na análise do conceito de mínimo existencial, para melhor situar esta interação com o conceito de reserva do possível, cabe referenciar George Marmelstein Lima o qual aponta para a existência de três teorias sobre a eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais: i) teoria da eficácia zero; ii) teoria da efetividade máxima e iii) teoria da eficácia mínima.¹¹²

Com relação à teoria da eficácia zero, seus defensores propugnam que ao Judiciário não cabe implementar direitos sociais. São juristas que ainda se prendem à ideia de que os princípios não são normas de pleno direito que podem exprimir relações jurídicas tuteláveis jurisdicionalmente sem a positivação legislativa. Os argumentos colacionados por George Lima resumem bem esta posição: a) a vagueza do conteúdo da norma; b) o dogma da vedação da atuação do juiz como legislador positivo; c) a necessidade de previsão orçamentária para realização de despesas públicas; d) a natureza meramente programática dos direitos sociais e (e) a

¹¹² LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza/CE. 2005. p. 86.

impossibilidade do controle judicial das questões políticas.¹¹³ São aspectos que já foram sinteticamente abordados na primeira parte deste trabalho.

Por sua vez, a teoria da efetividade máxima se refere ao posicionamento de que o Judiciário pode e deve agir para efetivar as normas de direitos fundamentais sociais. Conforme professora Paulo Caliendo, trata-se de uma interpretação maximalista em que os direitos fundamentais sociais devem ser concretizados pelo Judiciário no caso concreto sem qualquer consideração sobre outras questões como a reserva do possível, a separação dos poderes, restrições orçamentárias, complexidade da matéria, entre outras.¹¹⁴

Por fim, na teoria da eficácia mínima há o entendimento de que o Judiciário somente pode agir para efetivar o mínimo existencial. Portanto, o limite à atuação do judiciário na garantia de direitos sociais está traçado a partir da definição de mínimo existencial. Aquilo o que ultrapassar o seu conteúdo, o qual é de difícil definição e bastante maleável, não poderia ser concedido judicialmente, no entanto, aquilo o que se insere em sua definição não poderia ser afastado por outras questões como a reserva do possível. Cabe, portanto, passar a analisar o conceito de mínimo existencial e a sua relação com a reserva do possível.

O reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva de recursos mínimos para uma existência digna, foi primeiramente defendido pelo renomado jurista alemão Otto Bachof no início da década de 1950, conforme relata Ingo Sarlet.

Consoante o precursor entendimento de Bachof, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha) vindica não somente a proteção e garantia da liberdade como também um mínimo de segurança social, já que sem esta garantia fica impossibilitada uma existência humana digna.¹¹⁵

Foi com base no desenvolvimento teórico supramencionado que outras Cortes Constitucionais, alicerçados nos princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado social e no direito à vida, proferiram importantes decisões concedendo o

¹¹³ LIMA, George Marmelstein. *Idem*. p. 87.

¹¹⁴ CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Op. Cit. p. 178.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Op. Cit. p. 20.

direito ao mínimo para uma existência digna, mesmo em ordenamentos que já reconheçam expressamente direitos sociais em suas constituições.¹¹⁶

No ordenamento jurídico pátrio, o mínimo existencial pode ser compreendido a partir de duas correntes conforme explanação de Daniel Hachem.¹¹⁷ Na primeira, utilizando as palavras de Barcellos, o mínimo existencial pode ser definido como “um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio”.^{118 119}

A partir deste entendimento, entende-se que se estas condições materiais mínimas não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, há o dever para o judiciário em implementar no mundo fenomênico estas condições. Trata-se de respeitar o núcleo duro fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo este núcleo, no entanto, natureza de regra jurídica e não de princípio, utilizando-se da formulação teórica de Dworkin e Alexy.¹²⁰ Esta proteção decorre da efetiva tutela da dignidade da pessoa humana, fundamento e fim da ordem jurídica, além de pressuposto da igualdade real de todos os homens e da própria democracia.^{121 122}

Esta corrente compreende o mínimo existencial como uma exceção à regra de que a escolha de distribuição de recursos públicos cabe de forma prioritária ao

¹¹⁶ É importante relatar uma peculiaridade da Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn de 1949). Ela não prevê um rol explícito de direitos sociais típicos, com raras exceções, como outras Constituições do pós-guerra, incluindo a Constituição brasileira. A formulação teórica de Bachof, portanto, tinha um objetivo além do reconhecimento da plena efetividade do mínimo existencial que é o reconhecimento de direitos fundamentais sociais não positivados na Constituição alemã.

¹¹⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...* Op. Cit. p. 100.

¹¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica de princípios constitucionais*. Op. Cit. p. 243.

¹¹⁹ Integram a mesma posição os seguintes doutrinadores: Ricardo Lobo Torres, Eurico Bittencourt Neto; Cláudia Honório; Carolina Zancaner Zockun, dentre outros.

¹²⁰ A compreensão da distinção entre princípios e regras para estes autores com base no critério da estrutura lógico-normativa, apesar de nos últimos anos alcançar grande aceitação na doutrina brasileira, não é única. Há autores que distinguem os princípios de regras com base em outros critérios como o grau de fundamentalidade da norma.

¹²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica de princípios constitucionais*. Op. Cit. p. 244.

¹²² Com relação ao conceito do mínimo existencial e sua relação com as condições procedimentais da democracia, cabe referenciar Cláudio Pereira de Souza Neto quem entende que apenas a parcela dos direitos sociais necessária a proporcionar as condições procedimentais da deliberação pública democrática é dotada de fundamentalidade apta a habilitar a atuação do Poder Judiciário. Estará justificada a decisão judicial contrária a uma deliberação (ou omissão) da maioria quando tal deliberação for atentatória aos direitos fundamentais que, por sua vez, são condições procedimentais da democracia. Logo, por mais que o Judiciário esteja restringindo pontualmente o princípio majoritário, ele estará garantindo a própria democracia, contra decisões não democráticas de maiorias eventuais. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Orgs.). *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

poder legislativo. O poder de escolha democrática a partir somente da iniciativa da função legislativa cede em função da imprescindibilidade da garantia da existência digna do indivíduo para a própria estrutura da democracia.

Cabe ressaltar que, para esta doutrina, a ponderação do conteúdo do conceito em análise é dispensada por já ter sido previamente realizado pelo próprio constituinte ao erigir a dignidade da pessoa humana ao posto de princípio fundamental. Isto já garante que ao menos o seu núcleo essencial – em que se inclui o mínimo existencial - seja um direito definitivo e não apenas um direito *prima-facie*. Portanto, o mínimo existencial traça uma nítida linha demarcatória para as pretensões jurídicas fundamentadas em direitos sociais merecedoras de tutela pela via judicial, independente da reserva do financeiramente possível.

Em outro sentido se encontram os autores da vertente que pode ser chamada de mínimo existencial *prima facie*, a qual enquadra o direito ao mínimo existencial na categoria normativa dos princípios jurídicos, ou seja, suscetível de ponderação com outros valores jurídicos.¹²³ Entendem que esse direito, como os demais direitos fundamentais, decorre de norma jurídica *prima facie*, que impõe a sua realização na máxima medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. É possível que surjam argumentos contrários à satisfação das prestações atinentes ao mínimo existencial pela via judicial, tal como ocorre com os direitos sociais em geral. Os princípios acima referidos – separação de poderes, democrático, reserva legal orçamentária, reserva do possível, entre outros – podem ser invocados contra a sua realização, fazendo-o ceder no jogo de ponderação.

A partir desta concepção, o mínimo existencial apenas teria condão de direito definitivo após o processo de ponderação com os outros princípios a ser realizado pelo julgador. Antes de passar por este processo, o seu conteúdo é ainda abstrato e indefinido. Deste modo, a tutela do direito ao mínimo existencial estaria sujeito aos mesmo critérios dos demais direitos sociais que o extrapolam, o que de certa forma parece destituir a razão de existir tal diferenciação.

No entanto, segundo os defensores desta tese, é possível diferenciar os direitos sociais que integram o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, os quais comportariam uma dimensão de peso maior do que a segunda modalidade de

¹²³ Dentre outros, se situam nessa perspectiva Ingo Wolfgang Sarlet, Rogério Gesta Leal, Daniel Sarmento e Gustavo Amaral.

direitos sociais, aqueles que extrapolam o mínimo existencial, sendo portanto os primeiros menos resistíveis a argumentos como o da reserva do possível do que os últimos.¹²⁴

Da análise de ambas as correntes se chega à conclusão de que é muito difícil apreender o conteúdo do conceito de mínimo existencial. Mesmo assim, Barcellos busca definir um conceito genérico que busca a dar forma a uma estrutura que possa abarcar esse conteúdo, em suas palavras a autora escreve:

[...] o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado do que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.¹²⁵

Na mesma obra a autora busca dar maior concretude ao conceito ao analisar de maneira pormenorizada quatro aspectos que adentram o que ela considera de mínimo existencial que são educação básica, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça. Dentro de cada aspecto analisa o texto constitucional e legislações infraconstitucionais para moldar um modelo concreto do que integra o núcleo material do princípio da dignidade humana e aponta para sua maleabilidade.

Um exemplo dado pela autora é da educação básica, a qual a garantia constitucional abarcava somente os primeiros nove anos de escolaridade que correspondem ao ensino fundamental. Com posterior reforma constitucional, através da Emenda nº 59/2009, no entanto, a garantia mínima exigida constitucionalmente passou a abarcar toda a educação básica, conceito mais amplo que abrange o ensino ministrado dos 4 aos 17 anos, incluindo a pré-escola, ensino fundamental e ensino médio. Isso significa que o conceito de mínimo existencial, relativo à educação básica, se estendeu e passou a tutelar a reivindicação judicial de um conteúdo material mais abrangente.¹²⁶

¹²⁴ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.) *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 105.

¹²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica de princípios constitucionais*. Op. Cit. p. 247.

¹²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*. p. 304-307.

No caso concreto, no entanto, o que ocorre recorrentemente é que o juiz definirá as prestações que ele considera abarcadas pelo mínimo existencial, de modo distinto em cada caso, carecendo, portanto, de um critério definidor de seu conteúdo. Conforme explica Saulo Lindorfer Pivetta, é preciso que a aplicação da teoria do mínimo existencial no caso concreto se afaste de dois extremos perigosos, de um lado a sua utilização irrestrita como “carta coringa” apta a solucionar qualquer situação e do outro o seu afastamento na consideração do caso em litígio sob pena de se nulificar a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares do ordenamento constitucional.¹²⁷

Cabe ressaltar que, consoante observação de Ingo Sarlet, existem diversas maneiras de se realizar a prestação ao mínimo existencial, incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc. Aos tribunais cabe decidir sobre este padrão existencial mínimo nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte do legislativo. Portanto, a liberdade de conformação do legislador encontra o seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições mínimas indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, nestas situações é que se encontra legitimada a atuação judicial.¹²⁸

Aqui cabe referenciar uma constatação importante realizada por Pivetta com relação à interação entre o mínimo existencial e o direito fundamental à saúde, objeto de análise pormenorizada em capítulo subsequente. Segundo o referido autor, a questão da implementação de prestações de saúde pelo Poder Público foge um pouco da questão de se aferir o seu mínimo existencial, isso porque a Administração Pública já conforma em grande medida os contornos concretos das políticas públicas sanitárias, tendo os seus conteúdos integrado a própria norma constitucional do direito à saúde, aplicando-lhes o regime típico dos direitos fundamentais.¹²⁹

Hodiernamente, em nosso país, apesar de importante mudança de comportamento do Poder Público em buscar garantir um padrão de vida mais digno para o setor da população em piores condições existenciais, ainda há um hiato entre o que se oferece e o que é necessário atender para se chegar a um padrão mínimo aceitável em diversas áreas sociais.

¹²⁷ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFPR, Curitiba/PR. 2013. p. 78.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* Op. Cit. p. 320.

¹²⁹ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Op Cit.* p. 79.

Corroborar a este entendimento o estudo desenvolvido pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) com relação ao salário mínimo necessário a possibilitar a efetiva concretização das necessidades básicas do ser humano como alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte, previstas pelo Decreto Lei nº 399/1938, o qual confere conteúdo ao conceito de salário mínimo.¹³⁰

Periodicamente esta instituição analisa o custo de uma série de produtos e serviços necessários ao atendimento destas necessidades e a partir destes dados calculam o salário mínimo necessário para custeá-los.¹³¹ Atualmente este valor chega ao montante de R\$ 2.861,55 no mês de agosto deste ano, enquanto que o salário mínimo nominal é de R\$ 724,00.¹³²

A partir destes dados fica claro como a obrigação de oferecer condições dignas aos cidadãos por parte do Poder Público não está sendo atendida no nosso país, abrindo margem para a interferência do judiciário na execução de políticas públicas em decorrência desta omissão Estatal.

A relação entre o conceito de mínimo existencial e a reserva do possível se insere justamente neste atrito entre a garantia dos preceitos constitucionais e as dificuldades em sua implementação, seja por razões de natureza fática ou jurídica conforme já foi analisado no capítulo 2.3, em que foi analisado os três aspectos da reserva do possível.

O mínimo existencial surge como um critério que afasta parcialmente conceitos restritivos a esta implementação como o é a reserva do possível, ou ao menos como um critério que se soma à ponderação de princípios a serem analisados no caso concreto. Esta relação ficará mais clara quando se analisará as decisões judiciais que envolvem a reserva do possível e que, invariavelmente, constará também questões pertinentes ao mínimo existencial.

¹³⁰ Em seu artigo 2º o decreto lei nº 399/1938 estabelece: **Art. 2º** Denomina-se salário mínimo a remuneração mínima devida a todo trabalhador adulto, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço e capaz de satisfazer, em determinada época, na "região do país, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.

¹³¹ A metodologia deste estudo pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.dieese.org.br/metodologia/metodologiaCestaBasica.pdf>> acessado em 19/09/2014.

¹³² A tabela de comparação entre o valor do salário mínimo nominal e o salário mínimo necessário pode ser acessado a partir do seguinte endereço eletrônico: <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>> acessado em 19/09/2014.

CAPÍTULO 3: A RESERVA DO POSSÍVEL NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Nesta terceira e última parte deste trabalho serão analisados na prática, a partir da análise jurisprudencial, como todos os aspectos teóricos analisados acima estão sendo tratados nos tribunais pátrios. Para tanto, será dividido este esforço em dois tópicos. No primeiro a análise será focada em decisões paradigmáticas prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal referente à reserva do possível, decisões que exercem grande influência, como não podia deixar de ser, em decisões dos demais tribunais de instância inferior.

No segundo tópico, por sua vez, irá se proceder uma análise mais detalhada de decisões proferidas no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, momento no qual serão levantados alguns dados estatísticos que auxiliem a diagnosticar quais as tendências atuais em decisões que envolvem a reserva do possível.

3.1. A reserva do possível na jurisprudência do STF

A respeito da análise jurisprudencial no âmbito do STF acerca da escassez de recursos, dos custos dos direitos e a reserva do possível, faz-se imperioso referenciar o estudo de Daniel Wei Liang Wang.¹³³

Há de se ressaltar que a discussão envolvendo escassez de recursos e a reserva do possível é muito mais recorrente no âmbito do direito à saúde. Conforme relata Ana Carolina Lopes Olsen, foi justamente com o movimento iniciado pelas vítimas da AIDS que a questão relativa à efetividade dos direitos prestacionais se tornou pauta nacional em Tribunais pelo Brasil inteiro.¹³⁴

Com relação ao âmbito do direito à saúde, primeira faceta a ser analisada em face de sua relevância, Wang divide as decisões prolatadas pelo STF em dois momentos distintos. O primeiro se refere às decisões anteriores ao ano de 2007 e o segundo momento às decisões posteriores ao mesmo ano.

¹³³ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Op. Cit. p. 349-371.

¹³⁴ OLSEN, A. C. L. *A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais...* Op. Cit. p. 225.

Conforme escreve o autor, “até o ano de 2007 todas as decisões analisadas concediam o medicamento ou tratamento pedido pelo impetrante”.¹³⁵ Portanto, neste primeiro momento, a referida Corte jamais admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento ou tratamento médico. Em diversas destas decisões era recorrente encontrar a referência a precedentes do próprio tribunal, em especial uma passagem do ministro Celso de Mello é constantemente referenciada como se pode observar no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 273834,¹³⁶ RE 198265¹³⁷ e o RE 232335.¹³⁸ A citada passagem, recortada para melhor garantia didática, é a seguinte, *in verbis*:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores de doenças raras, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da Federação brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde [...] impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Cumprir assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a

¹³⁵ WANG, Daniel Wei Liang. Op. Cit. p. 353.

¹³⁶ BRASIL. STF - RE: 273834 RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/08/2000, Data de Publicação: DJ 18/09/2000.

¹³⁷ BRASIL. STF - RE: 198265 RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/09/2001, Data de Publicação: DJ 21/11/2001.

¹³⁸ BRASIL. STF - RE: 232335 RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/08/2000, Data de Publicação: DJ 25/08/2000.

atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

A partir desta passagem fica claro o entendimento dos magistrados à época de que o direito à saúde é um direito fundamental cabível de tutela jurisdicional, de forma a se contornar a omissão arbitrária e intolerável por parte dos responsáveis a sua implementação. Fica implícito, no entanto, a possibilidade de que este direito poderia deixar de ser tutelado quando a sua não realização pelo Estado fosse devido a um comportamento não arbitrário, tolerável e não anômalo.

Não havia um cuidado com relação à questão dos custos envolvidos em sua efetivação e nem à escassez de recursos. De fato, em diversas passagens fica expresso que se tratavam de problemas de menor relevância e que não poderiam ser aceitáveis quando se estava tratando de questões tão sensíveis quanto a implementação de direitos fundamentais. Isso fica claro em uma famosa e muito citada passagem da decisão do ministro Celso de Mello na Petição nº 1246 em que escreve o que se segue:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.¹³⁹

Pode-se observar a partir destas palavras que, naquele momento, o excelentíssimo ministro proferiu o julgamento de que, na esfera de deliberação entre a tutela da vida ou a questões orçamentárias, deve-se sempre prevalecer o direito à vida. Houve, portanto, uma ponderação em âmbito abstrato que o permitiu chegar à conclusão de que o princípio da proteção à vida é em sua essência de maior hierarquia que os princípios pertinentes à utilização de recursos públicos. Tal raciocínio ignora a própria estrutura de ponderação a qual exige a abertura para diversos resultados possíveis a depender do caso concreto. É interessante apontar a aproximação deste entendimento com a corrente que enxerga o mínimo existencial como uma regra, um

¹³⁹ BRASIL. STF - Pet: 1246 SC , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 31/01/1997, Data de Publicação: DJ 13/02/1997

comando biunívoco. Em ambos os raciocínios não é necessário se proceder a um exercício de ponderação já que se trata de um valor inafastável de proteção jurídica.

Como bem explicou Wang, causa estranheza considerar que o interesse financeiro é um interesse secundário do Estado. Para serem efetivados, os direitos sociais precisam de recursos estatais, portanto, a questão financeira está intimamente relacionada ao direito à saúde. Trata-se de uma “dicotomia falsa, pois direito à saúde e questões financeiras não são conflitantes e nem excludentes, mas aquela depende desta”.¹⁴⁰ A referida decisão, pelo contrário, não considera o orçamento público como um meio para se realizar políticas públicas, mas, pelo contrário, considera como um obstáculo a elas.

Antes de adentrar na demonstração do estudo de Wang referente ao momento posterior a 2007, é necessário tecer alguns comentários de uma relevante decisão que trouxe algumas considerações importantes e inovadoras por trazer a consideração da limitação de recursos e a constatação de que o direito à saúde não é absoluto. Está-se referindo à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, a qual, apesar de não tratar de pedido de medicamento ou tratamento médico em específico, mas de anulação de veto emanado pelo presidente da República em proposição legislativa referente à Lei de Diretrizes Orçamentárias, traz importantes inovações ao entendimento da referida Corte constitucional. Aqui será reproduzido algumas partes de maior relevância de seu acórdão:

[...] a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. Ve-se, pois, que os

¹⁴⁰ WANG, D. W. L. Op. Cit. p. 355.

condicionamentos impostos, pela cláusula da reserva do possível, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.¹⁴¹

Importa ressaltar as interessantes constatações da decisão. Em primeiro lugar, foi realizada uma análise mais pormenorizada da reserva do possível e se admite que a falta de recursos pode afastar a tutela jurisdicional do direito à saúde. No entanto, conforme aponta o acórdão, não é lícito ao Estado invocar a reserva do possível para se exonerar ao dever de cumprimento de suas obrigações constitucionais, em especial quando a conduta negativa estatal aniquilar a efetividade de direitos fundamentais referentes ao mínimo existencial.

Extraí-se ainda da referida decisão que a reserva do possível impõe condicionamentos à concretização de direitos de segunda geração que podem ser traduzidos no seguinte binômio: i) razoabilidade da pretensão em face do poder público e ii) existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Sendo que ambos devem ser observados em conjunto para que um direito possa ser exigido do Estado.

São considerações que levam a uma guinada no entendimento do STF e acaba por derrocar numa alteração a partir do ano de 2007 quando se começa a

¹⁴¹ BRASIL. STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004.

aceitar a não obrigatoriedade de concessão de pedidos de fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos. As primeiras decisões neste sentido foram a suspensão de tutela antecipada 91¹⁴² e a suspensão de segurança nº 3073¹⁴³, julgadas pela ministra Ellen Gracie, das quais serão reproduzidos alguns trechos relevantes desta última:

[...] Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. [...] Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador" diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante.

Cabe ressaltar alguns argumentos desta decisão. Em primeiro lugar, há expressa referência à questão da eficiência na gestão de recursos públicos destinados a garantir a efetivação de direitos relacionados à saúde, implicando que a intervenção do judiciário nesta seara acaba por danificar o já abalado sistema público de saúde.

Ademais, ressalta a ministra que, em seu entendimento, o direito à saúde previsto na Constituição se refere à obrigatoriedade de efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo e não à obrigação de tutelar situações individualizadas.

Alerta a magistrada que a interferência do judiciário em relação à demandas individuais de saúde acaba por diminuir a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade a qual, até por questões de desigualdade social, não dispõem de condições de pleitear seus direitos na justiça.

¹⁴² BRASIL. STF - STA: 91 - AL, Relator: Min. Ellen Gracie, Data de Julgamento: 26/02/2007, Data de Publicação: DJ 05/03/2007.

¹⁴³ BRASIL. STF - SS: 3073 - RN, Relator: Min. Ellen Gracie, Data de Julgamento: 09/02/2007, Data de Publicação: DJ 14/02/2007.

Por fim, há uma interessante referência à abertura de um efeito multiplicador devido à existência de milhares de pessoas em semelhante situação a do impetrante. Algo que acabaria por catalisar os efeitos danosos que ela cita ao longo de sua fundamentação.

É importante ressaltar que, apesar de escrever que o direito à saúde não alcança a obrigatoriedade de se tutelar direitos individuais, a ministra, mesmo depois das decisões referenciadas, concedeu em algumas decisões pedidos de remédios e tratamentos médicos,¹⁴⁴ mesmo que em outras tenha voltado a negar tais medidas.

A mais recente decisão que pode ser classificada como paradigmática, dada a sua relevância e por ter sido a primeira vez no STF que se realizou audiência pública a fim de se fixar orientações sobre o tema da “judicialização da saúde”, é a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes e foi julgada em 16/06/2009. A tentativa dos magistrados com relação a esta ação era a de delinear critérios mais objetivos que pudessem fomentar outras decisões futuras com o mesmo tema.

Dado a recorrente referência a esta decisão em sede de julgamento no TRF-4 sobre a matéria da implementação judicial da saúde, a sua análise mais pormenorizada será realizada no tópico subsequente, em que serão analisadas decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ficando este capítulo o objetivo de passar algumas noções gerais da decisão.

Buscou-se, a partir da STA 175, trazer critérios claros de aplicação na tutela de direitos individuais à saúde, no entanto tal objetivo ainda não foi alcançado plenamente já que foram apresentados somente recomendações pouco concretas que abrem ainda bastante espaço para interpretações divergentes.

Dentre estas recomendações é possível citar: i) a consideração da saúde como direito de todos, dever do Estado e garantido mediante políticas sociais e econômicas; ii) priorização da redução do risco de doenças e de outros agravos de forma a evidenciar sua dimensão preventiva; iii) universalidade e igualdade das políticas públicas de saúde; iv) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. Este último ponto é o mais crítico no tema da judicialização da saúde, já que é a maior fonte de demandas individuais.

¹⁴⁴ Conforme relata Wang, isso ocorreu nos seguintes pleitos: SS 3205, 3158, 3183, 3231, 3429, 3452 e STA 181, todos com fundamento na hipossuficiência dos pacientes, na gravidade das enfermidades e dos efeitos de sua interrupção. WANG, D. W. L. Op. Cit. p. 357.

Cumpra ressaltar que, diante do objeto destas ações, direitos que envolvem grande dispêndio de recursos públicos, fica complicado construir critérios teóricos para aplicação em decisões que envolvem elementos bastante diversificados na prática.

Por isso, a análise do caso concreto é que vai fornecer ao julgador os elementos necessários para instruir uma decisão justa que permita conciliar a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. É exatamente isso o que escreveu o ministro Gilmar Mendes no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47/PE:

Independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.¹⁴⁵

Conforme será visto no tópico subsequente pode-se perceber como grande parte das decisões pouco aborda elementos concretos da instrução das demandas, limitando-se a discutir a matéria no plano abstrato. O resultado desta abordagem dos julgadores, conforme alerta Gilmar Mendes, é a padronização de pedidos, contestações e sentenças, fenômeno prejudicial à otimização dos escassos recursos públicos na implementação de direitos fundamentais sociais já que impede a racionalização na sua implementação.

A complexidade dos valores que os magistrados deverão analisar quando instados a decidir sobre a prestação material relativa a um direito social é vultoso como bem descreve Pivetta:

Quando se trata de prestação material relativa a um direito social, a operação se torna muito mais complexa. Isso porque, se em um dos polos está o direito social afetado (ou não realizado em toda a sua plenitude), no outro estará não apenas o peso de vários outros bens ou direitos que eventualmente justificam a omissão (que causa eventual lesão ao direito), mas também as reservas gerais que incidem na hipótese (reserva do financeiramente possível e reserva do politicamente oportuno ou adequado). Ou seja, uma situação como esta não coloca em contraste duas posições claras, que sopesadas podem apontar a prevalência de uma delas. Eventual demanda por uma

¹⁴⁵ BRASIL. STF – Ag. Reg. na Suspensão de Liminar 47/PE, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento 17/03/2010, Data de Publicação 30/04/2010.

prestação positiva coloca em relevo outras circunstâncias, como a escassez de recursos e a questão formal de competência para definição das ações que serão abarcadas pelos programas do Estado.¹⁴⁶

Diante desta relatada complexidade, é inconcebível que um magistrado quando deparado com a responsabilidade de se julgar uma questão tão sensível e que abarca tantos valores primordiais da Constituição Federal opte por trilhar o caminho da simplificação da questão ao adotar uma apreciação em abstrato, relegando os elementos do caso concreto a uma posição secundária.

Avançando a discussão para a seara do direito à educação, diferentemente da mudança relatada nas questões referentes à saúde, quando se está diante de pedidos que visem a tutela de direito à educação há uma proteção integral já que, conforme relata Wang, em todos os casos analisados pelo Supremo se obrigou o Estado a concretizar o direito pedido.¹⁴⁷

Nestas decisões há referência à discussão dos custos dos direitos e à reserva do possível, ocorre que são tratados ainda genericamente e apenas no plano abstrato sem considerar questões da realidade fática. Em ações como o RE 411518, o RE 401673 e o RE 431773, versando sobre o direito à creche, há uma passagem que retrata a relevância e seriedade com a qual essas questões eram tratadas. Escreveu o ministro Marco Aurélio: “Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga”.¹⁴⁸

De fato, quando se é discutido o direito à educação, somente em ações de controle concentrado de constitucionalidade, como na ADI 3324 e na ADI 1950, é que questões como custos, indisponibilidade orçamentária e reserva do possível são debatidas mais concretamente e usadas na fundamentação de decisões. Isso, segundo Wang, deve-se ao fato de que, em sede de controle abstrato, a repercussão da decisão possui efeitos imediatos muito mais amplos o que torna mais relevante as consequências econômicas das decisões.¹⁴⁹

Feitas estas considerações acerca da jurisprudência referente à reserva do possível no mais elevado Tribunal pátrio, pode-se prosseguir à análise mais

¹⁴⁶ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Op. Cit. p. 214-215.

¹⁴⁷ WANG, D. W. L. *Idem*. p. 364.

¹⁴⁸ BRASIL. STF - RE: 411518 - SP, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 03/03/2004, Data de Publicação: DJ 26/03/2004.

¹⁴⁹ WANG, D. W. L. *Idem*. p. 364.

direcionada de decisões prolatadas no Tribunal Regional Federal da 4ª Região sobre a mesma matéria.

3.2 A reserva do possível na jurisprudência do TRF da 4ª Região

Neste tópico, diferentemente do que foi realizado no anterior no qual apenas se pincelou algumas decisões exemplificativas, serão levantados alguns julgados na jurisprudência a fim de se reproduzir dados estatísticos específicos do TRF-4 que possam fomentar ao debate de como vem decidindo o judiciário acerca do tema da reserva do possível.

Em primeiro lugar, dada a necessidade de utilização de ferramentas da ciência estatística e a relativa ignorância no manejo destas ferramentas por este autor, será utilizado um interessante programa desenvolvido pela Creative Research Systems,¹⁵⁰ a partir do qual irá ser calculado o número de amostras a serem analisadas para se buscar características representativas da população de processos a ser ainda delimitada.

Conforme leciona Eduardo Seino Wiviurka, dois elementos devem ser considerados antes de se iniciar um estudo estatístico. Em primeiro lugar, deve-se definir qual será o intervalo de confiança, o qual consiste na margem de erro dos resultados, constituindo um valor para mais ou para menos sobre o resultado dos dados coletados. Em segundo lugar, deve ser definido o nível de confiança, que representa o percentual de certeza do resultado obtido.¹⁵¹

Para a análise deste trabalho, será definido o nível de confiança na casa de 95%, trata-se de uma recomendação do próprio Wiviurka que escreve: “Para a estatística aplicada ao Direito, o nível de confiança em 95% é suficiente, vez que o nível em 99% é usado para pesquisas que demandam grande necessidade de precisão”.¹⁵² Por sua vez, o intervalo de confiança estabelecido é o de 10%, visto que

¹⁵⁰ Disponível gratuitamente em <<http://www.surveysystem.com/sscalc.htm>> Acessado em 10/09/2014.

¹⁵¹ WIVIURKA, Eduardo Seino. *Um método para pesquisa estatística sobre duração dos processos antes e depois da implementação do processo eletrônico no judiciário brasileiro*, in: Anais do 1º Congresso de e-Justiça da UFPR: O poder judiciário e a sociedade da informação. Org. Cesar Antonio Serbena. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 209-210.

¹⁵² WIVIURKA, E. S. *Um método para pesquisa estatística sobre duração dos processos...* Op. Cit. p. 210.

não se busca uma representação exata, mas algumas indicações de como vem decidindo o referido tribunal, não sendo necessário estabelecer um intervalo tão curto.

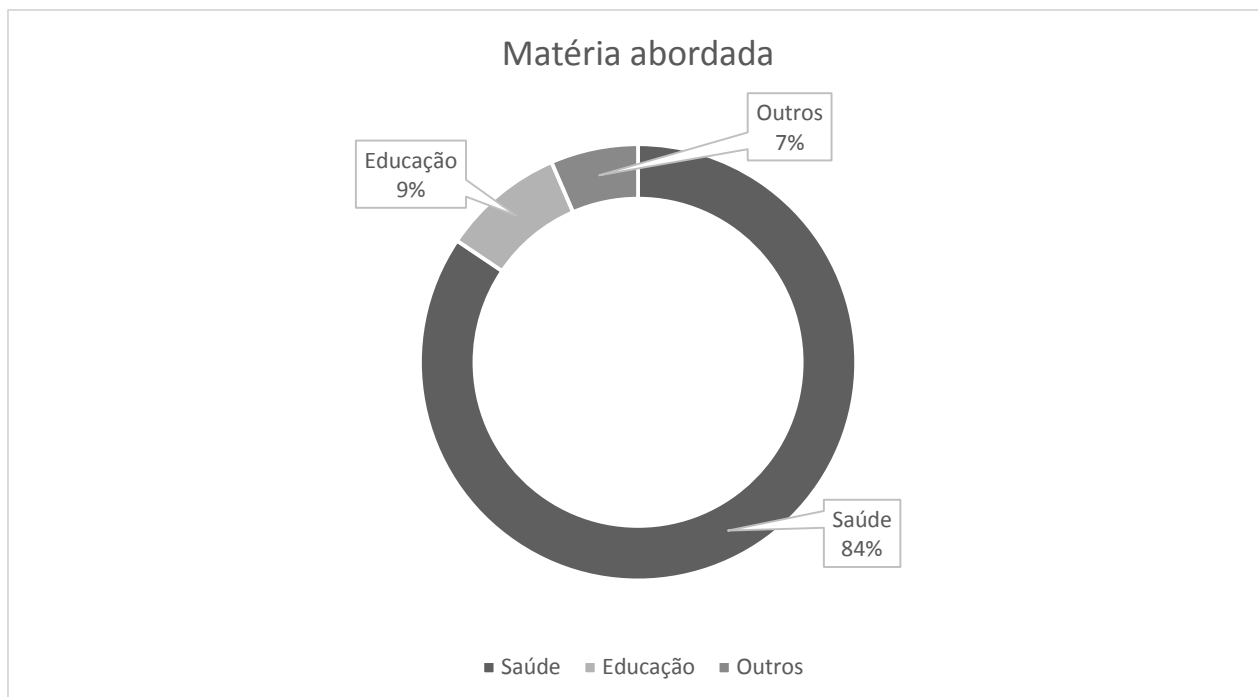
Utilizando-se do sistema de pesquisa jurisprudencial presente no portal eletrônico do Tribunal Regional da 4ª Região,¹⁵³ empregando-se o termo “reserva do possível” e refinando a pesquisa para buscar decisões a partir de 01/01/2012 até o dia 01/07/2014, a fim de abarcar dois anos e meio de decisões a respeito do tema em análise, chega-se ao número de 381 decisões encontradas.

Aplicando-se as instruções acima relatadas e se utilizando da ferramenta de cálculo referenciada, chega-se à conclusão de que a partir da análise de 77 decisões, as quais constituirão a amostra da pesquisa, é possível se chegar a conclusões atinentes a toda a população de processos. Essas decisões serão coletadas aleatoriamente e serão devidamente referenciadas em apêndice.

O primeiro aspecto analisado dentre as amostras foi a matéria abordada em cada decisão. Os resultados vêm a confirmar aquilo o que já era esperado, questões envolvendo o fornecimento de medicamentos e de tratamentos médicos foram as mais tratadas dentre as decisões que compõem a amostra.

Do total das 77 decisões analisadas, 65 tratavam do fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, 7 abordavam questões pertinentes à educação, 3 a respeito de transporte, 1 de fornecimento de energia elétrica e 1 versava sobre o fornecimento de serviços postais. Isso corresponde à divisão nos seguintes percentuais: 84% das decisões sobre direito à saúde; 9% sobre direito à educação e os restantes 7% a respeito dos demais temas. Os dados coletados podem ser melhor visualizados a partir do gráfico abaixo.

¹⁵³ Este mecanismo de pesquisa jurisprudencial pode ser acessado no seguinte endereço eletrônico: < <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1> > Acessado em 10/09/2014.



Apesar de já ser esperado a prevalência do direito à saúde como tema mais abordado envolvendo a reserva do possível, não deixa de surpreender o resultado obtido, a discrepância é abismal com o segundo tema mais tratado que é o direito à educação.

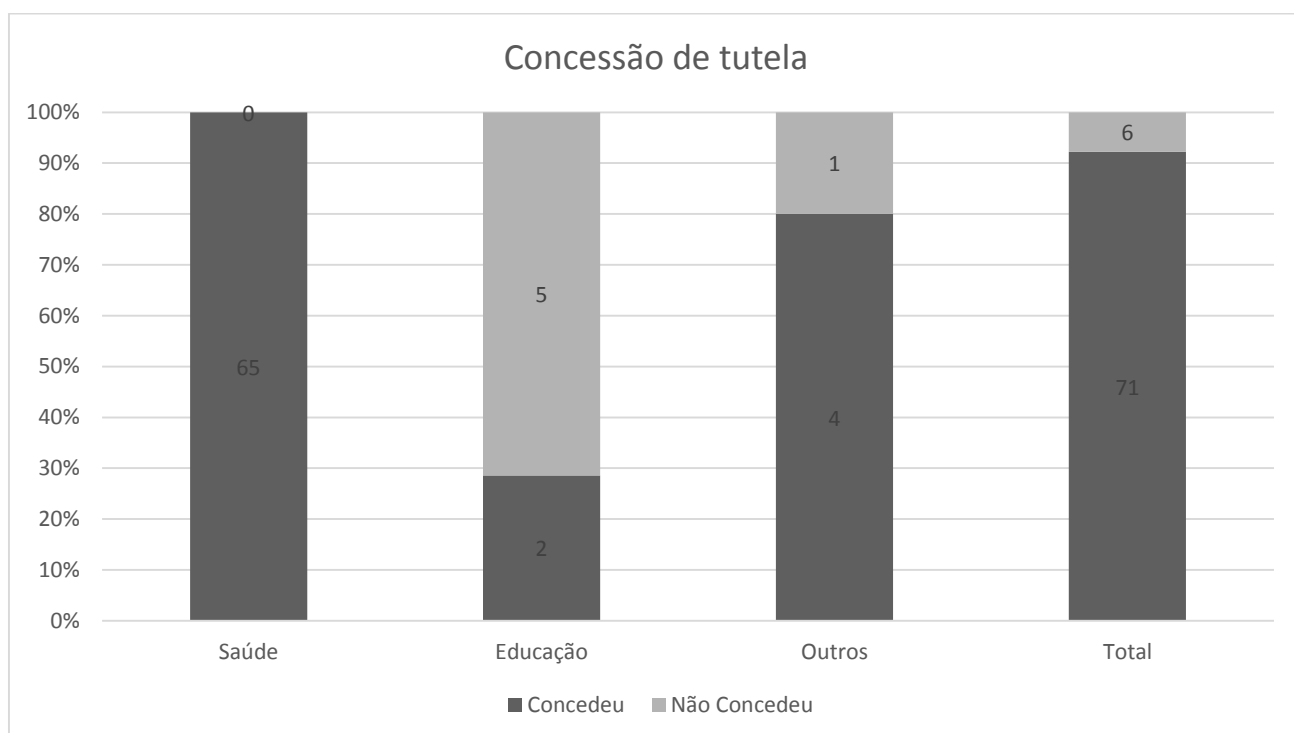
Consoante lição de Fabiano Engelmann e Márcio Camargo Cunha Filho, o mais relevante aspecto da transferência de poder político dos órgãos representativos em direção ao Poder Judiciário é a prerrogativa de tomar decisões acerca de políticas redistributivas, ou seja, que lidam com a temática da distribuição de bens entre os membros da sociedade. Dentro desta prerrogativa, há de se destacar o caso da chamada “judicialização do direito à saúde”. Como no Brasil há na Constituição Federal a previsão de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]” (art. 196, CF), muitos cidadãos buscam no Judiciário a concessão gratuita de medicamentos e tratamentos médicos, mesmo daqueles que fogem do planejamento em políticas públicas voltadas à área da saúde, interpretando o referido dispositivo da forma mais abrangente.¹⁵⁴

O reflexo disto restou demonstrado a partir da análise das decisões analisadas em que dentre as 65 ações que julgavam a respeito da concessão de

¹⁵⁴ ENGELMANN, Fabiano. CUNHA FILHO, Márcio Camargo. O STF e a Definição de Políticas: Notas Para a Análise da “Judicialização da Saúde”. In: Anais do 1º Congresso de e-Justiça da UFPR: O poder judiciário e a sociedade da informação. Org. Cesar Antonio Serbena. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 349-350.

medicamentos ou tratamentos médicos, 52 delas pleiteavam o fornecimento de bens não ofertados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), que é o conjunto de órgãos e ações estatais a cuidar da implementação destes tipos de bens e serviços. Isso corresponde a 80% do total de decisões acerca do direito à saúde. As demais ações pleiteavam a mera execução da política pública de saúde já existente – normalmente questões atinentes à necessidade de demonstração de hipossuficiência - ou pleiteavam medicamentos que somente no decorrer da ação foram inseridas no rol de remédios ofertados pelo SUS.

Outro motivo que justifica a preponderância de ações pleiteando o fornecimento de bens relacionados à saúde, talvez o de maior impacto, é a infalível concessão desses bens, ao menos em sede do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Conforme se pode vislumbrar no gráfico abaixo, absolutamente em todas as referidas ações foram concedidos os medicamentos ou tratamentos médicos pleiteados. O que já não acontece em outras matérias como direitos relacionados à educação em que o argumento da reserva do possível afastou a tutela judicial em 5 das 7 decisões analisadas.



Comparando com a análise de Wang, em que se debruçou sobre ações analisadas no Supremo Tribunal Federal, os resultados aqui obtidos não deixam de surpreender. Ao contrário do que ocorre no STF, em que, após o ano de 2007, nos casos de ações pleiteando direitos relacionados à saúde começa a se aceitar em

certos ocasiões a não obrigatoriedade no fornecimento dos bens pleiteados, no TRF-4 o direito à saúde, ao menos na prática, é considerado como direito absoluto, sem que seja possível o relativizar em face do argumento da reserva do possível.

Por outro lado, com relação ao direito à educação, em que no STF Wang não encontrou nem ao menos uma decisão afastando o direito à educação em face da reserva do possível, no TRF-4, como se pode observar, das 7 decisões analisadas, em 5 delas o fornecimento de bens relacionados à educação foram preteridos em face da indisponibilidade financeira e da reserva do possível.

A título de exemplo, pode-se fazer referência a uma das 5 decisões atinentes ao direito à educação analisadas em que foi negado provimento à tutela deste direito fundamental. Trata-se de uma apelação do Ministério Público Federal que pretendia ver determinado à União, gestora da política e das regras do fundo de financiamento ao estudante de ensino superior (FIES), que financiasse aos beneficiários do PROUNI os recursos necessários para aquisição de instrumentos e materiais indispensáveis à frequência e aproveitamento das disciplinas curriculares obrigatórias. Dentre os argumentos que serviram de fundamento aos magistrados traz-se os seguintes:

[...] a questão sob o prisma da reserva do possível, faceta bem lançada pela União Federal, por ocasião das informações por si prestadas nestes autos. Nos termos do que vêm decidido os Tribunais Pátrios, admite-se a determinação ao Poder Público para que implemente concretamente alguns direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos, até mesmo por meio de seqüestro de valores nos orçamentos dos entes federados. No entanto, ***tais medidas são concedidas, sempre, sob a ressalva da necessidade de se observar a "reserva do possível", de modo que não se inviabilize, por meio do atendimento de uma necessidade individual, a realização de outras várias políticas públicas destinadas a toda a coletividade.*** Ainda, em tais situações se procede a uma comparação entre a densidade do direito que se objetiva ver imediatamente concretizado e a possibilidade de prejuízo a todos os demais serviços públicos eventualmente atingidos. Nesta linha, ***deve-se considerar que o deferimento da medida ora postulada, sem prévia regulamentação legal e anterior estruturação administrativa e financeira traria grave risco de inviabilidade absoluta do programa do FIES.*** Isto, porque a ampla publicidade que se agregaria ao fato certamente ocasionaria inúmeros pedidos semelhantes, não só de estudantes do curso de odontologia, mas sim, de todos os beneficiários do PROUNI, uma vez que todos os cursos universitários importam na necessidade de aquisição de material didático das mais variadas espécies, tais como livros, mídia, instrumentos cirúrgicos, produtos químicos, etc. ***É evidente o grande montante de recursos financeiros necessários para dar cobertura a esta demanda que, certamente, sem previsão de sua necessidade, importaria na falta de dotação financeira para tanto.*** Sob outro enfoque, o que se têm visto na jurisprudência é que os direitos que têm dado ensejo ao deferimento de medidas voltadas ao fornecimento direto de recursos pelo Poder Público, cingem-se àqueles destinados a assegurar a vida e a saúde dos indivíduos. ***O direito à vida, classificado como de***

primeira geração, por si só demonstra a sua maior densidade frente à educação (bem jurídico a ser tutelado na presente lide), de modo a justificar até mesmo o seqüestro de recursos públicos para assegurar sua proteção. ***Já a saúde, não obstante se trate de direito de segunda geração, na qual também se insere o direito à educação, merece ver reconhecida certa supremacia em relação a este, mormente em demandas em que se busca a utilização de recursos públicos, tais como a presente. Isto, porque a saúde está diretamente ligada à proteção do próprio direito à vida, o que não ocorre com a educação.*** Por tal razão é que se lança olhar mais cauteloso para pedidos de coerção à atuação concreta do poder público quando se trata de direito à educação, do que se o faz quando o pleito a ser atendido visa restabelecer ou manter a saúde.¹⁵⁵ (grifos nossos).

Desta decisão se depreende uma série de fatores interessantes. Em primeiro lugar, a utilização da reserva do possível sob interessante enfoque. Este se refere à negação da concessão do direito fundamental diante da consequente inviabilização de políticas públicas caso se destinasse recursos públicos para a tutela de interesses individuais que extrapolam inclusive, segundo os magistrados, a lide em análise, dado que a publicidade da decisão, caso houvesse o deferimento do pedido, acarretaria uma série de outras ações com o mesmo objeto. Isto poderia gerar uma situação de risco à própria política pública de financiamento estudantil no ensino superior.

Este raciocínio traz bastantes semelhanças com os julgamentos *numerus clausus* analisados no tópico 2.1. em que, também ao analisar questões pertinentes ao tema do direito à educação, os magistrados tedescos decidiram por não tutelar direitos individuais, dentre outras razões, para protegerem o modelo de Estado Social, o qual exige o dispêndio de recursos escassos que devem ser alocados racionalmente, argumentação que possui semelhanças com a decisão aqui analisada.

Assim como nas decisões alemãs, houve uma priorização da proteção de um sistema mais abrangente – no caso alemão o Estado Social e no caso brasileiro a política Pública do FIES - em face de direito individual que, caso implementado judicialmente, importaria em prejuízo ao uso racional de recursos escassos necessários à efetivação de direitos fundamentais. Trata-se, portanto, de uma argumentação que busca harmonizar a condição da reserva do possível com a máxima efetividade dos direitos fundamentais considerados em sua generalidade, já que uma coisa não necessariamente se contrapõe a outra.

No entanto, na sequência da decisão se desenvolve alguns raciocínios estranhos e que não encontram consonância com a doutrina constitucional mais

¹⁵⁵ BRASIL. TRF-4 - Apelação Cível nº 5000085-85.2011.404.7203. Relator Luís Alberto D'azevedo Aurvalle. Data de Julgamento: 13/05/2014, Data de Publicação: 14/05/2014.

avançada. Em primeiro lugar, os magistrados procedem em ponderar o direito à vida com o direito à educação em plano abstrato dando àquele uma preponderância em relação a este argumentado que o direito à vida é um direito de primeira geração e que, portanto, possuiria maior densidade frente à educação.

Consoante visto na primeira parte deste trabalho, a divisão de direitos fundamentais sob critérios de maior ou menor densidade não mais se sustenta quando se analisa a multidimensionalidade dos direitos fundamentais, ainda mais quando se atém esta distinção em plano abstrato. Além do mais, o próprio exercício da ponderação exige que esta seja realizada no plano concreto em que sejam possíveis uma variedade de resultados a depender dos fatores que trazem a realidade.

Por fim, o mesmo raciocínio relatado acima foi realizado para se comparar o direito à saúde com o direito à educação. Após se proceder a uma comparação no campo abstrato, os magistrados escrevem que a concessão de direitos prestacionais relacionados à educação devem ser tratados com mais cautela do que pleitos em que se tem por objeto o direito à saúde, dado que este está diretamente ligado ao direito à vida.

Afastando-se da decisão envolvendo direitos relacionados à educação e focando a análise às decisões pertinentes ao tema do direito à saúde, pode-se perceber algumas características interessantes. Em primeiro lugar, percebe-se a grande uniformidade na fundamentação teórica da maioria das decisões analisadas, do total de 65 decisões, 47 possuíam a mesma fundamentação teórica. Isto representa um fenômeno global do Judiciário que é a repetição de ações e sentenças que acaba gerando modelos uniformes de apreciação da matéria. De fato, isto está explícito em algumas decisões que, ao arbitrar sobre os honorários de sucumbência, utilizam-se desse argumento para minorar o seu valor. Veja-se:

[...] Finalmente, a Terceira Turma, em ações como a presente, tem considerado devidos honorários advocatícios, caso condenado o Poder Público, fixados no valor de R\$ 1.000,00 para cada ente que integre a lide. Isso, evidentemente, desde que não haja situação excepcional que recomende o arbitramento em valor diverso. Dentro da normalidade em ações onde se postula o fornecimento de tratamento médico, o valor atende perfeitamente aos requisitos previstos nas alíneas do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil. **É bom que se diga que a demanda, embora exija e exame de provas, já é bastante conhecida pelo Judiciário, sendo**

absolutamente comum a utilização de fundamentações padronizadas, seja pela parte autora, réus e magistrados.¹⁵⁶ (Grifo Nosso)

Levando-se em conta as repercussões do ativismo judicial em matéria de concessão de direitos prestacionais, o tratamento leviano das consequências de cada decisão concedendo a tutela de medicamentos ou tratamentos médicos sem levar em consideração o impacto social na efetivação de políticas públicas que visem a tutela dos mesmos e de outros direitos fundamentais acaba gerando diversos prejuízos à sociedade.

Considerando que se tratam de concessões bastante onerosas aos cofres públicos – analisando as decisões abordadas, chega-se a uma média de valor da causa de cada ação em R\$ 128.814,03 sendo que o valor pode chegar a até R\$ 480.000,00 em uma única ação – a utilização de modelos para enfrentar questões tão complexas e de relevância tal para a sociedade chega a ser um ato de considerável irresponsabilidade por parte dos magistrados.

Com relação a este modelo utilizado para o julgamento de concessões de medicamentos e tratamentos médicos, é possível resgatar algumas referências interessantes. A remissão ao julgamento de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175,¹⁵⁷ mais especificamente a análise de seu agravo regimental proferido em 17 de março de 2010, está amplamente presente na decisões do TRF-4 aqui analisadas. Um aspecto interessante desta decisão é que pela primeira vez no STF foi realizada audiência pública a fim de se fixar orientações sobre o tema da “judicialização da saúde”. Cabe trazer alguns trechos da STA nº 145 recorrentemente referenciados:

[...] É possível identificar [...] tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde". "Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde".

[...]

Um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da

¹⁵⁶ BRASIL. TRF-4 - Apelação/Reexame Necessário Nº 5001784-89.2012.404.7102. Relatora Marga Inge Barth Tessler. Data de Julgamento: 04/06/2014, Data de Publicação: 05/06/2014.

¹⁵⁷ BRASIL. STF - STA: 175 - CE, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 16/06/2009.

forma mais eficiente possível. ***Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais ao atendimento médico da parcela da população mais necessitada.***

Não se pode ignorar, contudo, que, em algumas situações, por razões específicas do organismo de determinadas pessoas - resistência ao fármaco, efeitos colaterais deste, conjugação de problemas de saúde etc. -, as políticas públicas oferecidas podem não lhes ser adequadas ou eficazes. Nesses casos pontuais, restando suficientemente comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente, é possível ao Judiciário ou à própria Administração determinar prestação diversa da usualmente custeada pelo SUS.

[...]

Em conclusão, independentemente da hipótese trazida à apreciação do Poder Judiciário, é "**clara a necessidade de instrução das demandas de saúde**", a fim de que, à luz das premissas e critérios antes declinados, o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.¹⁵⁸ (grifos nossos)

Observa-se dos trechos acima selecionados que o Supremo Tribunal Federal reconhece a existência tanto de um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Isso demonstra um importante posicionamento, não necessariamente inovador neste Tribunal, de que a previsão constitucional da garantia do direito à saúde¹⁵⁹ não constitui mera norma programática, mas garante efetivamente um direito fundamental subjetivo que pode ser pleiteado individualmente no judiciário para além da dimensão objetiva do mesmo direito que impõe ao Estado a obrigação de desenvolver políticas públicas que visem a efetivar a sua fruição pela coletividade.

O mais interessante, entretanto, é o reconhecimento pelo judiciário de que a concessão de todo e qualquer pleito requerendo o fornecimento de medicamentos e tratamentos não ofertados em políticas públicas pode gerar grave lesão à ordem administrativa e poderia levar ao comprometimento do SUS, prejudicando toda a coletividade. Houve, portanto, a indicação de que é necessário, quando da análise do caso concreto a partir da instrução de cada demanda, o sopesamento entre a dimensão subjetiva com a dimensão objetiva do direito à saúde. Tal raciocínio foi bem articulado por Ilana Bertagnolli quem analisou pormenorizadamente a decisão aqui referenciada, escreveu a autora:

¹⁵⁸ BRASIL. STF – Ag. Reg. na STA: nº 175 - CE, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 17/03/2010.

¹⁵⁹ BRASIL. Arts. 6º da C.F. e arts. 196 a 200 do mesmo texto legal em que se esclarece o papel do Estado na assistência à saúde.

Nesse diapasão, o ativismo judicial em face das omissões do Poder Público, que o ministro Celso de Mello chamou de missão institucional do Poder Judiciário, não pode ser promovido irrestritamente, sob pena de violação ao Primado da Separação dos Poderes. Somente quando a omissão do Estado comprometer a eficácia e a integridade de direitos constitucionais e quando tal comprometimento for estritamente provado é que cabe ao Judiciário agir e implementar o direito violado omissivamente.

Por outro lado, a admissão da justiciabilidade do direito fundamental à saúde não significa a impossibilidade de restrições a estes direitos. Ao contrário disso, direitos fundamentais sociais colidem ordinariamente com outros direitos fundamentais e bens coletivos, como é o caso dos princípios da separação dos poderes, da reserva do possível e da competência orçamentária do administrador público.¹⁶⁰

Apesar das constantes referências a citada decisão, os magistrados em sede do TRF-4 pouco levaram em consideração os elementos do caso concreto em julgamento. O sopesamento entre a necessidade de garantia da tutela individual e as suas repercussões para outros princípios constitucionais e bens coletivos em nenhum momento é realizado. O dimensionamento dos impactos sociais que a concessão poderia gerar só são referenciados em abstrato, não há a preocupação de se ater aos elementos concretos trazidos na instrução do processo.

Infelizmente, a priorização de se traçar modelos simplificados de julgamento, como foi expressamente admitido em algumas decisões, acaba resultando na banalização das concessões de bens prestacionais. A recusa da transcendência da mera análise da lide em juízo pelos magistrados pode acabar gerando prejuízos tão graves para o regime de direitos fundamentais quanto o afastamento absoluto de sua tutela individual de outrora.

¹⁶⁰ BERTAGNOLLI, Ilana. Judicialização do direito fundamental à saúde: Uma análise do agravo regimental na suspensão de tutela antecipada: STA 175/CE. In: Lumiar: Revista de Ciências Jurídicas, vol. 4 (1), p. 90, 2012. Disponível em <<http://http://www.revistas2.uepg.br/index.php/lumiar>> acessado em 10/10/2014.

CONCLUSÃO

Após percorrer diversos aspectos doutrinários e jurisprudenciais relacionados à reserva do possível e a sua relação com a efetivação de direitos fundamentais sociais, abre-se espaço para tecer algumas conclusões a respeito do tema. Momento oportuno, também, para agrupar e resumir algumas considerações levantadas ao longo deste trabalho.

Foi possível vislumbrar, num primeiro momento, algumas características dos direitos fundamentais sociais, usualmente referenciados como a única classe de direitos passíveis de serem limitados pelo argumento da reserva do possível. A partir da exposição de duas ideias, complementares entre si, uma relacionada à multidimensionalidade de direitos fundamentais e outra referente à teoria dos custos dos direitos, foi possível superar essa incongruência, a qual acabava por sujeitar a implementação de direitos sociais a limites mais restritivos quando comparados com outros direitos fundamentais, especificadamente aqueles direitos usualmente referidos como de primeira geração. A superação desta interpretação discriminatória com relação a efetividade de direitos sociais permite a melhor compreensão do objeto referencial do conceito de reserva do possível, a dimensão prestacional de todos os direitos fundamentais.

Em seu berço, na jurisprudência alemã, o argumento da reserva do possível estava ligado à não concessão de pedidos relacionados à implementação de direitos fundamentais individualmente visando a privilegiar um raciocínio que, em sua conclusão, buscava a garantir a efetividade aos direitos fundamentais à coletividade a partir da exigência de que o pedido individual seja proporcional ao que se pode racionalmente esperar do Estado. Por trás deste pensamento, encontra-se a busca de um equilíbrio na concessão de direitos prestacionais que permita ao Estado utilizar de seus escassos recursos da maneira mais racional possível, de forma a maximizar a efetividade global dos direitos fundamentais como um todo.

Quando internalizado o conceito de reserva do possível para o nosso ordenamento jurídico, entretanto, o seu conteúdo não é o mesmo. Por conta de um contexto sócio-político desfavorável, a sua utilização se limitava a restringir a efetividade de direitos sociais levando em conta apenas a disponibilidade orçamentária. De fato, como foi apresentado, tratava-se apenas de uma abordagem

retórica de um conceito complexo utilizado de forma distorcida e superficial com a finalidade de se furtar da responsabilidade de garantir a efetividade de direitos fundamentais que poderiam gerar custos financeiros ao Estado.

Hodiernamente, conforme se demonstrou quando da análise jurisprudencial no STF e no TRF-4, é possível perceber uma situação diferente. Com relação ao último, a apreciação da efetividade de direitos fundamentais sociais, especialmente o direito à saúde, desloca-se para o outro lado. A consideração da reserva do possível e dos custos dos direitos são absolutamente rejeitados. Apenas teoricamente os magistrados afirmam ser possível se afastar a concessão de prestações fáticas por conta do argumento da reserva do possível. Na fundamentação jurídica de suas decisões é usual encontrar referências à necessidade de se proceder ao sopesamento do direito individual pleiteado com outros princípios constitucionais tais como a separação de poderes e a disponibilidade orçamentária, intimamente ligados com a reserva do possível como foi demonstrado neste trabalho.

Entretanto, na prática, acabam concedendo os direitos sem levar em consideração os potenciais prejuízos que podem gerar à coletividade, interessada num equilíbrio orçamentário que permita a máxima efetividade de todos os direitos fundamentais. Essa situação desemboca na atual conjuntura, demonstrada a partir da análise de amostra estatística, em que se demonstrou como os magistrados efetivamente concedem o pleito individual na quase totalidade das decisões judiciais. De 77 decisões analisadas, em 71 delas foi prestigiado o direito individual. Com relação a pedidos relacionados à saúde, em todas as decisões foi deferido a tutela individual. Fica claro, a partir destes dados, como a Justiça está reticente em confrontar, na prática, direitos fundamentais individuais com interesses da coletividade.

Esta recusa da transcendência da mera análise do interesse individual pelos magistrados pode acabar gerando prejuízos tão graves para o regime de direitos fundamentais quanto o afastamento absoluto de sua tutela individual de outrora.

Em síntese final, tratar da questão da reserva do possível não é tarefa simples. A sua apreciação em sede judicial exige do julgador que transcenda a mera análise da lide em julgamento e proceda a uma ponderação entre a garantia da efetividade de interesse legítimo individual e a proteção de um equilíbrio orçamentário que permita a racionalidade na utilização de recursos escassos, necessários à efetivação de todos

os direitos fundamentais. Essa ponderação, como não poderia deixar de ser, deve se ater aos aspectos do caso concreto em análise, algo que muitos magistrados deixam de observar em suas decisões e que acabam se apegando a meros discursos retóricos abstratos, seja para conceder ou não a tutela individual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: Entre constitucionalismo e democracia**. Prefácio Katya Kozicki. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana** – 3ª ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2 ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **A Constituição Brasileira de 1988 – Interpretações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

BERTAGNOLLI, Ilana. Judicialização do direito fundamental à saúde: Uma análise do agravo regimental na suspensão de tutela antecipada: STA 175/CE. In: **Lumiar: Revista de Ciências Jurídicas**, Ponta Grossa/PR, vol. 4 (1), p. 90, 2012.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; da GRAÇA, Luis Otavio Barroso. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2 ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2 ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ENGELMANN, Fabiano. CUNHA FILHO, Márcio Camargo. O STF e a Definição de Políticas: Notas Para a Análise da “Judicialização da Saúde”. In: **Anais do 1º Congresso de e-Justiça da UFPR: O poder judiciário e a sociedade da informação**. Org. Cesar Antonio Serbena. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Tese (Doutoramento em Direito) – UFPR, Curitiba/PR, 2014.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why liberty depends on Taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2 ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LEDUR, José Felipe. **O contributo dos direitos fundamentais de participação para a efetividade dos direitos sociais**. Tese (Doutorado). Curitiba/PR. Universidade Federal do Paraná, 2002.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza/CE. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MELGARÉ, Plínio. Direitos Humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília/DF. v. 39, n. 154, abr./jun. de 2002.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR. 2006.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A Reserva Do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. Tese (Mestrado em Direito) – UFPR, Curitiba/PR. 2009.

PEREIRA, Delvechio de Souza. **O Orçamento Público e o Processo de Judicialização da Saúde**. Tese (Especialização em Orçamento Público) – Instituto Serzedello Corrêa– ISC/TCU, Brasília/DF. 2010.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFPR, Curitiba/PR. 2013.

PONTES DE MIRANDA, Franciso Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2 ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2 ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVEIRA, Paulo Fernando. O Poder Judiciário e os direitos individuais: Duas poderosas forças antimajoritárias. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. v. 19, n. 4, p. 43, abr. 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Orgs.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 17 ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2 ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WIVIURKA, Eduardo Seino. Um método para pesquisa estatística sobre duração dos processos antes e depois da implementação do processo eletrônico no judiciário brasileiro. In: **Anais do 1º Congresso de e-Justiça da UFPR: O poder judiciário e a sociedade da informação**. Org. Cesar Antonio Serbena. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

Apêndice

Tabela de decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região analisadas para a realização da pesquisa estatística.

Apelação Cível Nº 2008.71.07.003176-1 (TRF)
Agravo de Instrumento Nº 5009131-42.2012.404.0000
Agravo de Instrumento Nº 5000440-68.2014.404.0000
Agravo de Instrumento Nº 5010150-49.2013.404.0000
Agravo em Apelação Cível Nº 5010424-66.2012.404.7204
Apelação Cível Nº 5000085-85.2011.404.7203
Apelação/Reexame Necessário Nº 5019568-13.2011.404.7200
Agravo de Instrumento Nº 0008673-13.2012.404.0000 (TRF)
Agravo de Instrumento Nº 5015372-32.2012.404.0000
Agravo de Instrumento Nº 5004184-42.2012.404.0000
Agravo de Instrumento Nº 5004857-35.2012.404.0000
Agravo de Instrumento Nº 5001724-82.2012.404.0000
Apelação Cível Nº 5005231-36.2013.404.7204
Apelação/Reexame Necessário Nº 5001784-89.2012.404.7102
Apelação/Reexame Necessário Nº 5011200-44.2013.404.7200
Apelação/Reexame Necessário Nº 5005562-58.2012.404.7202
Apelação/Reexame Necessário Nº 5002598-76.2013.404.7002
Apelação/Reexame Necessário Nº 5040091-84.2013.404.7100
Apelação/Reexame Necessário Nº 5012238-13.2012.404.7205
Apelação/Reexame Necessário Nº 5006963-13.2012.404.7002
Apelação/Reexame Necessário Nº 5001965-65.2013.404.7002
Apelação/Reexame Necessário Nº 5001114-58.2011.404.7014
Apelação Cível Nº 5020836-52.2013.404.7000
Apelação/Reexame Necessário Nº 5007897-59.2012.404.7102
Apelação/Reexame Necessário Nº 5000606-47.2013.404.7110
Reexame Necessário Cível Nº 5018080-75.2010.404.7000
Apelação/Reexame Necessário Nº 5017058-87.2012.404.7201
Apelação/Reexame Necessário Nº 5015786-27.2013.404.7200
Apelação/Reexame Necessário Nº 5007966-67.2012.404.7110
Apelação/Reexame Necessário Nº 5004244-12.2013.404.7200
Apelação/Reexame Necessário Nº 5001137-54.2013.404.7007
Apelação/Reexame Necessário Nº 5001586-80.2011.404.7201
Agravo de Instrumento Nº 5027497-95.2013.404.0000
Apelação/Reexame Necessário Nº 5007707-77.2013.404.7000
Apelação Cível Nº 5004268-19.2013.404.7110
Apelação/Reexame Necessário Nº 5001527-39.2013.404.7002
Apelação/Reexame Necessário Nº 5014650-92.2013.404.7200

Apelação/Reexame Necessário Nº 5004271-75.2011.404.7002
Apelação/Reexame Necessário Nº 5005366-69.2013.404.7100
Apelação/Reexame Necessário Nº 5023718-03.2012.404.7200
Agravo de Instrumento Nº 5020535-56.2013.404.0000
Apelação/Reexame Necessário Nº 5010471-18.2013.404.7200
Apelação/Reexame Necessário Nº 5000642-86.2013.404.7111
Apelação/Reexame Necessário Nº 5006289-11.2012.404.7204
Agravo de Instrumento Nº 5020260-10.2013.404.0000
Apelação/Reexame Necessário Nº 5001447-51.2013.404.7204
Apelação/Reexame Necessário Nº 5004013-74.2012.404.7214
Apelação/Reexame Necessário Nº 5000411-86.2013.404.7005
Apelação/Reexame Necessário Nº 5035873-56.2012.404.7000
Apelação/Reexame Necessário Nº 5006403-69.2011.404.7208
Apelação Cível Nº 5000401-27.2013.404.7204
Apelação/Reexame Necessário Nº 5012216-76.2012.404.7003
Apelação Cível Nº 5003093-06.2012.404.7213
Apelação Cível Nº 5003735-70.2012.404.7215
Agravo de Instrumento Nº 5014821-18.2013.404.0000
Apelação/Reexame Necessário Nº 5006944-86.2012.404.7105
Apelação/Reexame Necessário Nº 5019793-33.2011.404.7200
Apelação/Reexame Necessário Nº 5006478-04.2012.404.7005
Apelação/Reexame Necessário Nº 5003091-81.2012.404.7004
Apelação Cível Nº 5000155-69.2011.404.7214
Apelação/Reexame Necessário Nº 5007503-04.2011.404.7000
Apelação/Reexame Necessário Nº 5024091-14.2010.404.7100
Apelação/Reexame Necessário Nº 5006992-51.2012.404.7200
Apelação/Reexame Necessário Nº 5005509-38.2011.404.7000
Apelação/Reexame Necessário Nº 5008342-23.2011.404.7002
Apelação Cível Nº 5002973-54.2012.404.7215
Apelação/Reexame Necessário Nº 5011057-98.2012.404.7100
Apelação Cível Nº 5011134-13.2012.404.7002
Apelação/Reexame Necessário Nº 5004955-39.2012.404.7204
Apelação/Reexame Necessário Nº 5010309-57.2012.404.7200
Apelação Cível Nº 5002422-78.2010.404.7204
Apelação Cível Nº 5003570-68.2012.404.7200
Apelação Cível Nº 5000186-29.2010.404.7213
Apelação/Reexame Necessário Nº 5006938-22.2011.404.7200
Apelação/Reexame Necessário Nº 5005652-03.2011.404.7202
Apelação/Reexame Necessário Nº 5002389-03.2010.404.7200
Apelação/Reexame Necessário Nº 5009900-18.2011.404.7200